

GERARDO ETO CRUZ
JOEL MELGAREJO ALLEGRETTO

El desarrollo del Derecho
Procesal Constitucional a partir
de la jurisprudencia del
Tribunal Constitucional
peruano.
Comentado en torno al sistema
Jurídico paraguayo

EPÍLOGO DE
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Asunción, Paraguay
2014

El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional
a partir de la jurisprudencia del
Tribunal Constitucional peruano. Comentado en torno al sistema
jurídico paraguayo.
Primera edición: Asunción- Paraguay. 2014

©Director Miguel Oscar Bajac Albertni

© Gerardo Eto Cruz

© Joel Melgarejo Allegretto

© Epílogo

Domingo García Belaunde

© 2014.

ÍNDICE GENERAL

Presentación.....	17
Preliminares	19

I PARTE

ORIGEN, EVOLUCIÓN Y DESARROLLO ACTUAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Los <i>annus mirabilis</i> del derecho procesal constitucional	23
2. Breve esbozo sobre la discusión respecto a la existencia de la ciencia del derecho procesal constitucional	27
3. Los orígenes y referencia de nuestra disciplina en el pensamiento constitucional contemporáneo	31
4. La eclosión bibliográfica del derecho procesal constitucional.....	37
5. El desarrollo del derecho procesal constitucional en las cátedras, encuentros y agrupaciones académicas	47
6. La contribución de los tribunales constitucionales al desarrollo del derecho procesal constitucional	50

II PARTE

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Teoría de la Constitución	55
1. Constitución	55
a) Noción de Constitución	55
b) La Constitución como norma fundadora del sistema jurídico y del sistema político.....	57
c) La Constitución como <i>emotio</i>	57
d) La Constitución como ideal regulativo	58
d) La Constitución como norma jurídica	58
- La fuerza normativa y el contenido de la Constitución	59
- La perspectiva objetivo-estructural y subjetivo-institucional de la Constitución	60
e) La Constitución y la estructura jerárquica del orden jurídico.....	60
- Orden y ordenamiento jurídico	60
- El principio de coherencia normativa	61
- El principio de jerarquía piramidal de las normas	62
- Los principios que rigen la estructura jerárquica de las normas	64
f) La garantía jurisdiccional de la Constitución	65
g) Principio de fuerza normativa de la Constitución	66
h) Principio de unidad de la Constitución	66
i) Principio de supremacía constitucional	67
j) Las cláusulas de intangibilidad de la Constitución	67
2. Poder Constituyente	68

a) Introducción.....	68
- Definición	68
- Características.....	68
- Poder Constituyente y Constitución	69
- Poder Constituyente y promulgación de la Constitución	69
- Función constituyente.....	69
- Congreso de la República no simboliza al Poder Constituyente ..	70
b) Formas de Poder Constituyente.....	70
- Poder Constituyente Originario.....	70
- Poder Constituyente Derivado	71
- Poder Constituyente derivado y límites materiales de la Constitución	71
- Poder Constituyente como poder ilimitado	71
- Su relación con el Tribunal Constitucional	72
- Enjuiciamiento constitucional de la reforma	72
c) Poder Constituido	72
- Origen y legitimidad	73
- Poder de reforma constitucional como poder constituido	73
- Los poderes constituidos encargados de la reforma constitucional.....	74
3. Control constitucional	74
4. Estado Social y Democrático de Derecho	75
- Noción	76
- Su configuración	76
- El principio político de soberanía popular	76
- El principio jurídico de soberanía constitucional	77
- El principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de Derecho	78
- El principio democrático como principio articulador del Estado social y democrático del Derecho	78
- Democracia representativa	80
- Pluralismo y democracia representativa	80
- El principio de separación y cooperación de poderes en el Estado social y democrático de Derecho	82
- Promoción de la cultura como deber del Estado social y democrático de derecho	83
- Obligación de respetar y promover las costumbres y manifestaciones culturales	84
- Aspectos para la efectividad de los derechos y principios básicos	84
- Fines de contenido social del Estado democrático y social de Derecho	85
- Supuestos fundamentales del Estado social y democrático de Derecho	85
- El principio de solidaridad como componente esencial del Estado social de Derecho ...	87
- Responsabilidad social de las empresas	88
- Sistema democrático y periodismo	89
5. El principio de seguridad jurídica como componente esencial del Estado Constitucional de Derecho	90
II. Teoría general de los derechos fundamentales	91
1. Dignidad humana	91
a) Noción	91
b) Su realización	92

c) Su valor normativo. La dignidad humana como derecho fundamental	93
d) La dignidad humana como principio-derecho.....	94
2. Derechos humanos	95
3. Derechos fundamentales	96
a) Noción	96
b) Fundamentación axiológica y valor positivo	98
c) Doble naturaleza	98
d) Titularidad	99
e) El Estado como titular de derechos fundamentales	103
f) Eficacia vertical y horizontal	105
g) La distinta eficacia de los derechos fundamentales	110
h) La estructura de los derechos fundamentales	111
- Norma regla y norma principio	112
- Las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental	112
i) Posiciones de derecho fundamental	115
j) El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental	115
k) Límites y contenido esencial de los derechos fundamentales	116
l) Garantía de los derechos fundamentales	120
m) Deber de protección de los derechos fundamentales	121
4. Derechos constitucionales	123
5. Derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales	124
6. Garantía institucional	124
III. Derecho Procesal Constitucional	125
1. El Derecho Procesal Constitucional	125
2. Teoría procesal constitucional	126
3. Principio de autonomía procesal	128
- Noción	128
- Titularidad	129
- Modulación de su aplicación	129
- Límites	130
4. Materias u objeto de estudio del Derecho Procesal Constitucional	130
4.1. Jurisdicción constitucional	131
- Noción	131
- Función pacificadora	131
- La jurisdicción constitucional en general y el TC en particular como elementos de equilibrio en el Estado social y democrático de Derecho	131
4.2. Los procesos constitucionales	132
- Finalidad	132
- Doble naturaleza	133
- Tipos de procesos constitucionales	133
- Diferencia con los procesos ordinarios	134
4.3. Magistratura constitucional	134
4.3.1. Poder Judicial	135
a) Principios esenciales que informan la función jurisdiccional	136
- El principio de unidad de la función jurisdiccional	136
- El principio de exclusividad de la función jurisdiccional	137

- El principio de independencia de la función jurisdiccional	138
- El principio de imparcialidad de la función jurisdiccional	140
b) Presupuestos que deben observar los jueces ordinarios en el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes	142
4.3.2. Tribunal Constitucional	144
- Órgano independiente y autónomo. Supremo intérprete de la Constitución	144
- Autonomía administrativa-jurisdiccional del Tribunal Constitucional: el principio de la competencia de la competencia	144
- Función de racionalización del poder	145
- Deber del Tribunal Constitucional de integrar los vacíos normativos.....	145
- Obligación de resolver	146
- Política jurisdiccional	146
- Rol dentro de la sociedad	146
- Tribunal Constitucional y legislador	148
- Relación con la justicia ordinaria	149
5. Los principios procesales	150
a) Noción	150
b) Principio de dirección judicial del proceso	150
c) Principio de gratuidad en la actuación del demandante	151
d) Principio de economía procesal	152
e) Principio de intermediación	153
f) Principio de socialización del proceso	154
g) El impulso procesal de oficio	155
h) La adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales	155
i) La continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión (<i>principio pro actione</i>)	157
j) Suplencia en la queja deficiente y <i>iura novit curia</i>	158
6. Control judicial de la constitucionalidad de las leyes: El control difuso	162
- Noción	162
- Límite general a su aplicación	163
- Condiciones para la validez de su ejercicio	164
- Excepciones a la regla de no controlar una norma cuya validez constitucional ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional	165
- Control difuso: distinción entre norma y disposición	166
- Criterios para aplicar el control judicial de constitucionalidad de normas legales.....	166
7. Interpretación constitucional	173
a) Interpretación de la Constitución	173
- Noción	173
- Diferencia entre interpretación y mutación constitucional.....	173
- Importancia de la pluralidad de intérpretes en la interpretación constitucional	174
- Principios de la interpretación constitucional	174
- Interpretación previsoras	175
b) Interpretación constitucional de la ley	176
- El sustento conceptual de la interpretación conforme: la distinción entre “disposición y norma”	177

- La interpretación desde la Constitución	177
c) Interpretación de los derechos fundamentales	179
- Principio <i>pro homine</i>	179
- Su interpretación conforme a los tratados internacionales	180
- Su interpretación conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales	
d) El principio de proporcionalidad	180
-Sub principios	183
-Su aplicación en el control constitucional de las decisiones judiciales	183
8. Jurisprudencia constitucional	184
-Noción	184
-Importancia de la jurisprudencia constitucional	185
9. Precedente vinculante	185
-Noción	186
-Naturaleza	186
-Los presupuestos materiales para el establecimiento de un precedente	187
-El precedente como forma de cubrir una laguna normativa	188
-La aplicación del precedente vinculante	188
-Distinción con precedente judicial	189
-Distinción con doctrina jurisprudencial	189
-El precedente en el sistema del <i>common law</i>	190
-Cambio de precedente	190
-La eficacia prospectiva del precedente vinculante (<i>prospective overruling</i>)	191
10. Doctrina constitucional	193
- Noción	193
11. Sentencia constitucional	194
a) Noción	194
b) Valor	195
c) Finalidad	195
-Finalidad en los procesos de la libertad	195
-Finalidad de su expedición en los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad	195
-Finalidad de su expedición en los procesos competenciales	196
d) Estructura de las sentencias constitucionales	196
e) Tipología de las sentencias constitucionales	198
- Clases de sentencias	198
- Un nuevo tipo de sentencia constitucional: la sentencia de aviso	202
- Fundamento constitucional y legitimidad de las sentencias interpretativas	203
- Límites de las sentencias interpretativas o integrativas (“manipulativas”)	205
f) Efectos de la sentencia constitucional	206
g) Ejecución de la sentencia constitucional	208
- Necesidad de una nueva teoría material constitucional para su actuación	208
- Su ejecución como un problema doctrinal y práctico	208
- Sobre la inconstitucionalidad sobreviniente de la ejecución de la sentencia constitucional.....	209
- Sobre la prevalencia de las sentencias constitucionales por sobre las emitidas en los procesos judiciales ordinarios.....	209

12. Derecho a la tutela procesal efectiva	210
- Noción	210
- Componentes	211
- Parámetro de control de la actuación del poder jurisdiccional del Estado	211
- El derecho de acceso a la justicia como componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva	211
- El derecho a la ejecución de las decisiones judiciales como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva	212
13. El derecho al debido proceso	213
- Noción	213
- Contenido	214
- Derecho de defensa	215
- Derecho a la prueba	216
- Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales	219
- Derecho a la pluralidad de instancia	221
- Derecho a la motivación de los actos administrativos	225
- Cosa juzgada.....	227
- El principio <i>ne bis in idem</i>	227
- Dimensiones del debido proceso: debido proceso formal y debido proceso sustantivo	229
- Debido proceso sustancial como parámetro de control del proceso judicial	229
- Debido proceso <i>inter privatos</i>	230
- Como garantía	230
- Debido proceso administrativo	231
- Debido proceso constitucional	232
- Sus características	232
- En sede prejurisdiccional penal	233
IV. Los procesos constitucionales de la libertad	233
1. Proceso de hábeas corpus	234
a) Noción	234
- Concepción constitucional amplia del proceso de hábeas corpus	236
b) Procedencia	240
- Procedencia frente a amenazas	240
- Procedencia de hábeas corpus contra resoluciones judiciales	241
- La conexidad como requisito para tutelar el debido proceso	243
- Procedencia del hábeas corpus para proteger la <i>non reformatio in peius</i>	245
- Procedencia frente a otro proceso constitucional	246
c) Improcedencia liminar	247
- Las causales invocables	247
- Causales no invocables	248
- Criterios para determinar la improcedencia	248
- Criterios para ingresar a evaluar el fondo de la controversia, pese a que existe rechazo liminar del hábeas corpus	250
d) Competencia	250
e) Legitimación procesal	251

f) Desestimiento	255
g) Conversión procesal	257
h) Tipología	259
i) El recurso de agravio constitucional a favor del orden constitucional	266
2. Proceso de amparo	
a) Noción	268
- Finalidad	268
b) Naturaleza jurídica	269
c) Procedencia	270
- El presupuesto fáctico y jurídico: el acto lesivo	271
- Amparo por amenaza de violación	273
- Como garantía jurisdiccional amplia	274
- Contra normas	274
- Amparo contra resoluciones judiciales	275
- Una variante: amparo contra amparo	281
- Síntesis: las condiciones para la procedencia del “amparo contra amparo”	287
- Improcedencia del amparo contra decisiones del Tribunal Constitucional	288
- Un último supuesto de “amparo contra amparo” en materia laboral	289
d) La configuración constitucional y legal del amparo	289
- Proceso de amparo y derechos fundamentales. La cláusula del “contenido constitucionalmente protegido”	290
- Régimen legal del amparo. El carácter subsidiario o residual del amparo	292
- Interpretación desde la Constitución de la vía igualmente satisfactoria	294
e) Otras causales de improcedencia	295
- Acudir de modo previo a otro proceso judicial para la tutela de los derechos fundamentales	297
- Agotamiento de las vías previas	297
- Sustracción de la materia o cese o irreparabilidad del acto lesivo	303
- Cese del acto lesivo por una orden judicial	304
- Irreparabilidad total y parcial	304
- Irreparabilidad en casos de materia electoral	304
- Amparo innovativo	304
- Cuestionamiento de resoluciones judiciales firmes recaídas en otros procesos constitucionales: “Amparo contra hábeas corpus”	305
- Nuevas variantes de amparo contra resoluciones judiciales: provenientes de otros procesos constitucionales.....	307
- Amparo contra hábeas data	307
- Amparo contra proceso de cumplimiento	308
- Amparo contra acción popular	309
- Litispendencia	311
- Diferencia con la vía paralela	312
- Control constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y destitución de magistrados	312
- Control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral	330
- Conflicto entre órganos estatales	338

- Plazo para presentar la demanda	339
- Plazo de prescripción (no de caducidad)	339
- Duda sobre el vencimiento del plazo por huelga judicial	340
- Otras causales de improcedencia	342
- Consentimiento del acto lesivo	342
- Amparo contra normas legales	343
- Amparo contra laudos arbitrales	344
f) Legitimación procesal	349
g) Rechazo liminar	351
- Declaración de invalidez	352
- Supuestos para declarar la invalidez de todo lo actuado.....	352
- Supuestos para entrar al fondo del asunto	352
h) Medida cautelar	353
- Relación entre tutela cautelar y debido proceso	353
- Relación entre tutela cautelar y tutela judicial efectiva	354
- Control constitucional de la medida cautelar: firmeza.....	354
- Presupuestos de la medida cautelar	355
- Control constitucional de la medida cautelar: proporcionalidad	357
- Tipos de medida cautelar en el amparo	357
- Efecto no suspensivo de la apelación de la medida cautelar.....	358
- Medida cautelar en “amparo contra amparo”	358
i) La prueba en el proceso de amparo	360
j) La actuación inmediata de la sentencia impugnada	362
- Reconocimiento de la institución procesal	362
- Justificación	362
- Actuación inmediata y proceso de amparo	363
- Ponderación entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la doble instancia	363
- Reglas procesales	363
k) Represión de actos lesivos homogéneos	365
- Definición	366
- Fundamentos de la institución	366
- Presupuestos para conocer un pedido de represión de actos lesivos homogéneos	367
- Criterios para identificar un acto lesivo homogéneo	368
- Aspectos de índole procesal	369
l) El estado de cosas inconstitucional	370
m) El recurso de agravio constitucional	373
- Supuestos de habilitación del RAC (Caso Lagomarcino)	373
- Recurso de agravio y responsabilidad del agresor	378
- Recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del TC	379
- Recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial	381
- Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional	382
n) La nulidad en el amparo	385
3. Proceso de hábeas data	387
- Noción	387

- Objeto del hábeas data	389
- Requisito para que proceda la entrega de información requerida vía el hábeas data	390
- Protección del derecho a la autodeterminación informativa	390
- Protección del derecho al acceso a la información pública	394
- Clases de hábeas data	396
- La motivación de la información peticionada no forma parte de los derechos que tutela el hábeas data.....	399
- Reconversión de hábeas data en amparo	399
- Hábeas data y principio de publicidad y transparencia	400
- El derecho de acceso a la información frente a entidades privadas	401
- Derecho de acceso a la información y lucha contra la corrupción	405
- Derecho de acceso a la información y régimen de excepción	406
4. Proceso de cumplimiento	408
a) Noción	409
b) Finalidad y objeto del proceso de cumplimiento	409
c) El derecho a la efectividad de las disposiciones legales y actos administrativos y el principio general de efectividad de las disposiciones constitucionales	410
d) Protección indirecta de derechos fundamentales a través del proceso de cumplimiento	414
e) Incumplimiento total e incumplimiento parcial	415
f) Procedencia	416
- Requisitos comunes de la norma legal y del acto administrativo para que sean exigibles a través del proceso de cumplimiento	417
- Requisito especial	418
g) La interpretación de la causal referida al deber de reglamentar	418
h) La adecuación del proceso de cumplimiento para controlar la inconstitucionalidad por omisión	419
- Supuestos que configuran la inconstitucionalidad por omisión	420
- Clases de inconstitucionalidad por omisión	422
V. Procesos constitucionales orgánicos	424
1. Proceso de inconstitucionalidad	424
a) Definición	425
b) Dimensiones	427
c) Legitimación procesal	427
- Colegios profesionales	428
- Materias de su especialidad: ejemplos	428
- Reglas	428
- Concurrencia de colegios profesionales	429
- No es necesaria creación por ley	429
- Ámbito territorial de los colegios profesionales	429
- Colegios de Abogados	430
- Participación de terceros	430
- Participe	431
- Tercero afectado	432
- Amicus curiae	432
- Litisconsortes facultativos	434

d)	Bloque de constitucionalidad	436
-	Requisitos para la identificación de las normas del bloque de constitucionalidad	437
-	Principio de competencia y bloque de constitucionalidad de ordenanzas regionales ..	438
e)	Examen de constitucionalidad de normas preconstitucionales	439
f)	Examen de constitucionalidad de normas no vigentes: supuestos	439
g)	Control constitucional sobre normas derogadas	443
h)	Control constitucional sobre leyes aprobadas por referéndum	444
g)	Examen de constitucionalidad de normas interpretativas	446
h)	Cosa juzgada y revisión de normas que ya han sido enjuiciadas en un proceso de inconstitucionalidad	448
-	Demanda sustancialmente igual en cuanto al fondo	448
-	Cosa juzgada constitucional	448
-	Cosa juzgada: estimatoria y desestimatoria	449
-	Cosa juzgada desestimatoria: efectos	449
-	Cosa juzgada desestimatoria: eficacia del efecto negativo	449
-	Evaluación del límite objetivo de la cosa juzgada desestimatoria: criterios	450
i)	Infracciones constitucionales	452
-	Infracciones de forma: supuestos	452
-	Infracciones de fondo	452
-	Infracciones parciales o totales	452
-	Infracción directa	453
-	Infracción indirecta	453
-	Producción de infracciones indirectas	453
j)	Inconstitucionalidad de normas conexas	454
k)	Presunción de constitucionalidad de la ley	454
l)	Principio <i>in dubio pro legislatore</i>	455
m)	Efectos vinculantes de la sentencia de inconstitucionalidad	456
n)	Efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad	457
-	Efectos temporales en materia penal	458
-	Efectos temporales en materia tributaria	459
-	Sobre la “ <i>vacatio sententiae</i> ” en un proceso de inconstitucionalidad	461
o)	Fuerza vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad frente a la autonomía e independencia de los jueces ordinarios	461
p)	Ejecución de la sentencia en un proceso de inconstitucionalidad	462
2.	Proceso de acción popular	464
-	Noción	464
3.	Proceso competencial	465
a)	Noción.....	465
b)	Precisión conceptual del término “competencia”	465
c)	Presupuestos que deben concurrir en un conflicto competencial	466
d)	Clases de conflicto competencial	467
e)	Clase de vicio que se discute en el proceso competencial	469
f)	Competencia	472
-	Noción.....	472
-	Ámbitos de la competencia estatal	472
-	Notas condicionantes de la competencia para la realización de los actos estatales	473

g) La aplicación del test de competencia en los procesos competenciales	475
- Clases de competencia de los órganos constitucionales	475

III PARTE

Proceso O Procedimiento Constitucional.

La Tutela Jurisdiccional Efectiva

I. Proceso o procedimiento constitucional	477
1. Nuevos vientos ante los procedimientos Constitucionales.....	477
2. Evolución del Derecho Procesal y el Derecho Constitucional.....	477
3. El derecho Procesal Constitucional.....	478
4. Modelos o sistemas. Paraguay.....	479
5. Proceso. Procedimiento Acercamiento real hacia la justicia constitucional.....	480
5.1. El proceso.....	480
5.2. Procedimiento.....	481
6. Es una acción procesal las pretensiones constitucionales o una instancia procedimental ...	481
6.1. La instancia.....	481
6.2. El derecho a instar un procedimiento ante la jurisdicción constitucional.....	483
7. Conclusión.....	483
II. La Tutela Jurisdiccional Efectiva	484
1. Los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales.....	484
2. El acceso a la justicia.....	487
3. Tutela jurisdiccional efectiva.....	488
3.1. La instancia.....	490
3.2. El debido proceso.....	492
3.2.1. Los principios del proceso.....	496
¿Cuál es la diferencia existente entre principios y reglas?	496
a) El derecho a la igualdad como principio procesal.....	498
b) El Juez imparcial como principio procesal.....	500
3.2.2. Las reglas.....	501
3.3. Ejecución de la sentencia.....	503
Epílogo	505
Anexo	511

PRESENTACIÓN

Al iniciar su quinta Edición del Libro “El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano” ha manifestado que el mismo en la ciudad de Lima daba luz en el año 2.008 y decía que este; tiempo es más que suficiente para confirmar que la ciencia del Derecho Procesal Constitucional se encuentra, hoy como siempre, en un permanente cambio y reconfiguración, a la luz de las interpretaciones que sobre la Constitución desarrollan los jueces constitucionales, así como del redimensionamiento de los mecanismos orientados a garantizar su supremacía normativa y proteger los derechos fundamentales (vale decir, los procesos constitucionales).

El Doctor Gerardo Eto Cruz académicamente no necesita presentación ahora bien, como persona, ser humano nos demuestra que con su humildad y dedicación a compartir ideas, la experiencia tenida en el Tribunal Constitucional del Perú (cargo ocupado hasta este año) quiere compartirla con el mundo, y es de esta manera luego publicaciones de este libro en Colombia y en México, hoy lo presentamos en Paraguay.

Este libro que gentilmente ha accedido el Maestro Gerardo Eto Cruz de compartir con Paraguay, por lo cual he intentado adaptarlo someramente a las discusiones del ámbito procesal constitucional, si bien es cierto esta ciencia que por su antinomia es desconocida en el catedra Universitaria, la praxis tribunalicia, así como la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal y Constitucional siempre la ha tenido en cuenta y la ha aplicado.

Debemos hacer notar que existen diferencias orgánicas en el control Constitucional y la aplicación de las garantías en el Perú existe como órgano contralor a la Constitución el Tribunal Constitucional y en nuestro país tenemos a la Corte Suprema de Justicia, esta diferencia es importante señalar ya que por más que orgánicamente sean distintas estas instituciones, las mismas tiene idénticas funciones y sobre todo son los responsables de hacer cumplir e interpretar la Constitución y los derechos humanos.

Pues bien, con esta nueva edición de “El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Comentado en torno al sistema jurídico paraguayo, renovamos nuestro compromiso por acercar a la ciudadanía a una de las principales herramientas con que cuenta el Estado contemporáneo bajo el influjo de la Constitución, que es el derecho jurisprudencial convencional nacido de las sentencias de su máximo y supremo intérprete, el Tribunal Constitucional y así como los tribunales Paraguayos con sentencias. Así, en entendimiento de que las instituciones aquí desarrolladas deberían impulsar mayores y mejores estudios sobre la materia, es nuestra convicción que el resultado que el lector tiene entre sus manos merecerá ser complementado con otras fuentes (doctrinales y supraconstitucionales) pertinentes, en vía de interpretación, a fin de propiciar el avance del Derecho Procesal Constitucional en América latina, que es también, a fin de cuentas, un objetivo al que debe apuntar dicha ciencia.

Asimismo y concluyendo ponemos a disposición de la colectividad jurídica y académica paraguaya el presente libro con el anuncio que se encuentra ya en elaboración una segunda edición ampliada a fin mantener actualizado a los investigadores del Derecho Procesal Constitucional.

Joel Melgarejo Allegretto

PRELIMINARES

La vertiginosa presencia del Derecho Procesal Constitucional viene cobrando un vigoroso fortalecimiento dentro del concierto de las demás ramas procesales; al extremo que de *capitii diminutio* frente al desarrollo epistémico del procesalismo ortodoxo y clásico, hoy bien puede afirmarse que ella, sin proponérselo, se está convirtiendo en la *primus inter pares* en relación a las clásicas disciplinas del Derecho Procesal Civil, Penal, Laboral, etc. En tal perspectiva, como recientemente ha señalado César Astudillo, existen dos formas o “ángulos visuales” de aproximarnos al Derecho Procesal Constitucional: la primera como “*disciplina científica*”, y la segunda como “*sistema normativo*”. Una supone un posicionamiento que se mueve y se ubica en el terreno “teórico-abstracto” en virtud de que enlaza el “referente positivo” (normas) con el “referente científico” (doctrina), con el fin de demostrar la existencia de lo que ya se puede hablar de una nueva vertiente disciplinaria en el amplio *maremagnum* de las ciencias jurídicas. La otra aproximación “concreto-positiva” atiende sólo al “referente positivo” y lo vincula a un “objeto específico” (la tutela constitucional), con la intención de profundizar en su concreto modo de ser y de representarse¹.

Cuando de ordinario se habla del Derecho Procesal Constitucional, bien podrían ubicarse dos posturas, ambas con ciertas variantes, como bien apunta Néstor Pedro Sagüés², y son las siguientes:

- a) La *versión mínima* que lo entiende como una disciplina eminentemente procesal y lo circunscribe a dos temas esenciales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, que tal vez se podrían sintetizar en uno solo: la jurisdicción constitucional. Pero esta concepción -anota Sagüés- se ocupa de los órganos y de los procesos que custodian la supremacía de la Constitución. La cuestión parece simple, pero a la postre no lo es y quedará en el terreno de la teoría y del análisis pronunciarse sobre estos aspectos, situación que a la fecha no ha amainado³.
- b) La *versión más debatida* que comprende el Derecho Constitucional Procesal, sector del Derecho Constitucional que trata de los principios constitucionales regulatorios del proceso y que fuera relanzado en su momento por Héctor Fix-Zamudio⁴ bajo las reflexiones primigenias de Eduardo Couture⁵.

¹ ASTUDILLO REYES, César: “Doce tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Nº 8, julio-diciembre de 2007, pp. 46-47.

² SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Konrad-Adenauer-Stiftung – Ad hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 21-22.

³ SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Vol I, 4ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 7, 11 y 12.

⁴ Fix-Zamudio, Héctor: “Reflexiones sobre el Derecho Constitucional Procesal mexicano”, en *Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, 2ª edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1997. Asimismo y del mismo autor “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año X, Nº 30, setiembre de 1977, pp. 315-348.

⁵ Las reflexiones de Couture sobre las bases constitucionales de las instituciones procesales aparecieron en su ensayo “Las garantías constitucionales del proceso civil”, publicado por vez primera en el libro *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Ediar, Buenos Aires, 1946, pp. 158-173.

En buena cuenta, la extensión del *contenido* del Derecho Procesal Constitucional, el problema de si dentro de su ámbito de competencia científica se encuentra también el Derecho Constitucional Procesal, es una cuestión que tiene que ver también con su *naturaleza jurídica*; pues de la forma como se responda a esta interrogante se puede adoptar una posición respecto a si esta rama jurídica corresponde a los predios del Derecho Procesal o del Derecho Constitucional, cuando no a una combinación de ambas ciencias jurídicas, como lo plantea por ejemplo Néstor Pedro Sagüés.

Sin embargo, independientemente de la posición que se tome respecto a su ubicación jurídico-científica, no cabe duda que la importancia que ha tomado en la actualidad el Derecho Procesal Constitucional, es de grado superlativo, al extremo que hoy se puede afirmar que la concepción del proceso en general, ha sido fuertemente influenciada y determinada por los avances que ha logrado esta novel disciplina⁶, y que se revelan sobre todo en la concreción práctica de un principio fundamental del Derecho Procesal: el carácter instrumental y finalista del proceso. Sin duda, es el ámbito del Derecho Procesal Constitucional donde, tanto a nivel de su regulación normativa como de su desarrollo jurisprudencial y doctrinario, más asiento ha encontrado el concepto que la doctrina procesal moderna entiende como el gran punto de encuentro entre el Derecho procesal y el Derecho material y la piedra de toque de futuros desarrollos de una teoría procesal constitucionalmente adecuada: “la tutela jurisdiccional efectiva”⁷.

Por otro lado, como lo ha indicado con propiedad Osvaldo Alfredo Gozaíni, con la aparición de los derechos fundamentales, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a ser oído y a tener un proceso con todas las garantías, se fomentó una notable evolución del derecho procesal, consolidándose el debido proceso constitucional. Es decir, de ser un *proceso legal*, se pasó a estimar un *proceso constitucional* con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas no había posibilidad alguna para garantizar ningún derecho material y, en especial, los derechos fundamentales⁸.

⁶ VARELA, Casimiro: *Fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Ad hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 59 y ss. Vid. más recientemente GABERÍ LLOBREGAT, José: *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 2009.

⁷ Como afirma Aldo Zela, el proceso se desenvuelve históricamente en tres momentos distintos. El primero está marcado por la identidad conceptual entre derecho material y derecho procesal. Aquí, la acción era vista sólo como una extensión del derecho material o como el derecho subjetivo en movimiento, por lo que no se requería la existencia de una ciencia procesal autónoma. El segundo momento identificado por la separación estricta entre derecho adjetivo y derecho sustantivo, producto del descubrimiento de los conceptos de acción y relación jurídico-procesal. Aquí el procesalismo científico haría su aparición y forjaría toda la gama de categorías conceptuales que le darían una autonomía al Derecho Procesal como disciplina científica. Finalmente, el tercer momento está constituido por una superación de los dos momentos anteriores. Aquí ya no existirá ni una identidad entre derecho procesal y derecho material ni una separación rígida de ambas disciplinas jurídicas. Al contrario, esta etapa se hallará caracterizada por la *instrumentalidad del proceso*, es decir por la búsqueda de un proceso que sirva para la real y eficaz tutela de los derechos que le sirven de sustento. Más allá de discusiones que parecerían bizantinas sobre la naturaleza del derecho de acción, hoy la ciencia procesal encuentra centrada su atención en el problema de la mayor efectividad del proceso. Es en este contexto también, donde se ubica la aparición de una categoría conceptual ajena al momento histórico precedente: la *tutela jurisdiccional diferenciada*, y que no tiene tampoco otra lectura que la creación de un proceso adecuado y eficaz según la naturaleza de los derechos que se pretende tutelar y que, además de una categoría conceptual construida por la doctrina, constituye una expresión particular del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva. La concreción más palmaria de la tutela jurisdiccional diferenciada lo constituyen los procesos constitucionales. (Cfr. ZELA VILLEGAS, Aldo: *La tutela preventiva de los derechos (Como manifestación de la tutela diferenciada)*, Palestra, Lima, 2008, pp. 27-44). Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como fundamento de esta nueva concepción del derecho procesal vid. CHIARLONI, Sergio: *Medidas coercitivas y las tutelas de los derechos*, Palestra, Lima, 2006. GUIMARAES RIBEIRO, Darci: *La pretensión procesal y la tutela procesal efectiva. Hacia una teoría procesal del Derecho*, Prólogo de Joan Picó I Junio, Bosch, Barcelona, 2004. MARINONI, Luiz Guilherme: *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Palestra, Lima, 2007. MARINONI, Luiz Guilherme: *Tutela específica de los derechos*, Palestra, Lima, 2008. MONROY PALACIOS, Juan José: *La tutela procesal de los derechos*, Palestra, Lima, 2004. Sobre la tutela jurisdiccional diferenciada ver el trabajo de PROTO PISANI, Andrea: *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003; en nuestro país vid. HURTADO REYES, Martín: *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, Palestra, Lima, 2006.

⁸ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fé, 2004.

Con todo, la materia que moldea y estudia nuestra disciplina gira en torno a profundizar en el análisis de aquellos procesos que tienen como fin impulsar el cumplimiento de toda una compleja gama de derechos de carácter ius-fundamental que el hombre, la sociedad y el pensamiento viene reconociendo y asumiendo a fin de encontrar las reglas mínimas de la convivencia humana. Es cierto que todos los demás procesos cumplen igualmente esa filosofía práctica: hacer vigente y restaurar los derechos que han sido menoscabados; pero entre derechos y derechos, los derechos de los derechos humanos, no cabe duda tienen un *status* relevante que reclaman un tratamiento especial y que sólo se lo otorga los procesos constitucionales.

Los derechos ordinarios van a trajinar en paralelo a través de la tutela ordinaria; y para ello existe el derecho procesal civil, por ejemplo; en cambio, aquellos derechos de contenidos indeterminados como son los ius-fundamentales, necesitan de la obra de una judicatura con una cosmovisión más profunda, y que no agote sus resoluciones en un simple y exclusivo apego a lo normológico; sino a otras pautas y criterios como lo dielógico o lo justo y con un activismo moderado, tampoco no un Ulises desatado que marque una pretendida autonomía procesal autárquica o paralegislativa; sino de un juez creador que haga de la heurística un reinvento de la creación de la doctrina jurisprudencial acorde a los tiempos y retos actuales. Esto es, entre otras cosas la razón de este trabajo, en donde el lector iniciado o el especialista tengan un panorama del estado de la cuestión; y sobre todo, de lo que ha venido construyendo nuestro Tribunal Constitucional.

I PARTE

Origen, Evolución Y Desarrollo Actual
Del Derecho Procesal Constitucional1. Los *annus mirabilis* del derecho procesal constitucional.

En los últimos tiempos Néstor Pedro Sagüés ha venido planteando la existencia de tres “cumpleaños” del Derecho Procesal Constitucional. Así, en su acepción de rama jurídico-procesal, sus añejos antecedentes se remontarían a los viejos interdictos romanos que precederían a la Carta Magna de 1215⁹, así como a los viejos institutos medievales del juicio de manifestación del Justicia Mayor¹⁰ entre otros. No obstante estos pretéritos antecedentes que pueden estudiarse desde una concepción de la *arqueología jurídica*¹¹, Sagüés ha destacado el inicio y evolución de nuestra disciplina más concretamente en tres cumpleaños acaso míticos o simbólicos¹² y que, a nuestro criterio, bien podríamos agregar otro cumpleaños más que aquí brevemente vamos a referir.

En efecto, se trata de estas efemérides como acontecimientos estelares donde se generó la presencia de las normas procesales que, a la postre, van a ser la materia u objeto que va a desencadenar la disciplina llamada hoy Derecho Procesal Constitucional. Efectivamente, para que epistémicamente exista una disciplina científica, es necesario que previamente exista una materia u objeto de estudio. Esta materia, que habría de decantarse y aparecer paulatibamente en el horizonte del tiempo, son los procesos constitucionales. De allí que Néstor Pedro Sagüés ubica el primer cumpleaños el 26 de mayo de 1679, fecha en la que se dicta la “*Habeas Corpus Amendment Act*”, y que constituye, a no dudarlo, el tratamiento de técnica legislativa más avanzado de la época en que se regulaba el proceso constitucional de hábeas corpus para afirmar la tutela de la libertad individual¹³.

La segunda efemérides es de 24 de febrero de 1803 en que se expide el célebre fallo del *leading case* Marbury vs. Madison que habría de delinear lo que hoy es conocido como el modelo de control judicial americano o difuso¹⁴. En efecto, a raíz de este fallo, opera una revolución en el

⁹ Sobre el interdicto romano “*De homine libero exhibendo*” como antecedente de un proceso constitucional vid. el clásico trabajo de VALLARTA, Ignacio: *Obras completas. El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, Tomo V, Porrúa, México, 1980. Sobre la institución de la *intercessio romana* vid. BATIZA, Rodolfo: “Un preterito antecedente remoto del amparo”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, Vol. I, N° 4, abril-junio de 1947, pp. 429-437.

¹⁰ Un tratamiento detallado de los procesos forales ante el Justicia de Aragón puede verse en LÓPEZ DE HARO, Carlos: *La Constitución y las libertades de Aragón y el Justicia Mayor*, Ed. Reus, Madrid, 1926; BONET NAVARRO, Ángel: *Procesos ante el Justicia de Aragón*, Guara, Zaragoza, 1982; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo*, UNAM, México, 1971; LA RIPA, Juan Francisco: *Ilustración a los quatro procesos forales de Aragón: orden de proceder en ellos según el estilo moderno; y reglas para decidir conforme a la naturaleza de cada uno*, Imprenta de Francisco Moreno, Zaragoza, 1764; y LALINDE ABADÍA, Jesús: *Los fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1976.

¹¹ Antecedentes mucho más remotos, presentes en los sistemas jurídicos de las primeras civilizaciones pueden verse en LARA PEINADO, Federico y LARA GONZÁLEZ, Federico (Estudio Preliminar y Notas): *Los primeros códigos de la humanidad*, Tecnos, Madrid, 1994; también en LARA PEINADO, Federico (Estudio Preliminar, Traducción y Notas): *Himnos babilónicos*, Tecnos, Madrid, 1990.

¹² SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, op. cit., pp. 19-20.

¹³ La transcripción íntegra de la “*Habeas Corpus Amendment Act*” de 1679 puede verse en SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, Tomo 4, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 22-28, la última edición de esta obra corresponde a la 4ª edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008.

¹⁴ ETO CRUZ, Gerardo: “Jhon Marshall y la Sentencia de Marbury vs. Madison”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999, en *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*, Trujillo, 1999 y en *Derecho Procesal Constitucional*, T IV, 4ª edición, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Coordinador, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003. Vid. igualmente el mismo trabajo en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Argentino, Comparado y Transnacional*, Pablo Luis Manili (Director), La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 189 y ss.

mundo jurídico: se delineaba la posibilidad de que los jueces controlaran la constitucionalidad de las leyes y surgía ya una jurisdicción constitucional que, en parte, consagraba el pensamiento de otro no menos descollante juez Edward Coke, en el célebre caso del Dr. Thomas Bonham (1610), al afirmar que el derecho natural está por encima de las prerrogativas del Rey, delineando las bases y presupuestos de lo que hoy se conoce como el control jurisdiccional de las leyes por los jueces¹⁵.

El tercer cumpleaños es de 01 de octubre de 1920, fecha en que se promulga la Constitución de Austria, que introdujo por primera vez en la historia, bajo la heurística jurídica de Kelsen, un órgano *ad hoc* para el control de la constitucionalidad de las leyes: el Tribunal Constitucional¹⁶.

A todo esto habría que agregar, a nuestro criterio, un *cuarto cumpleaños* que se ubica en el interregno de 1803 y 1920: el 31 de marzo de 1841, fecha en que se aprueba la Constitución del Estado de Yucatán, donde bajo la inspiración de don Manuel Crescencio Rejón, se dio lugar a la creación de uno de los institutos más extendidos en buena parte de los Estados contemporáneos y protector por excelencia de los derechos fundamentales: el juicio de amparo¹⁷.

La importancia que ha adquirido el proceso de amparo en el mundo puede observarse en la cuantiosa legislación de los diversos países de América Latina, de Europa, África y Asia, en donde existe este instrumento procesal para tutelar la defensa y la protección de los derechos fundamentales de las personas, así como a nivel de los dos principales sistemas regionales de protección de los derechos humanos como son el sistema europeo, a través del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, y el sistema americano a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José de Costa Rica; en donde se recoge, aunque con distinta nomenclatura, el instituto del amparo como un medio de tutela de urgencia para proteger los derechos humanos. Veamos a continuación como este instituto protector de los derechos fundamentales ha sido recogido en los distintos países de América, Europa, así como África y Asia.

¹⁵ Un reciente trabajo que ha enfocado de manera bastante detallada el Bonham' Case es el de REY MARTÍNEZ, Fernando: "Una relectura del Dr. Bonham' Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*", en AA.VV.: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, pp. 847-866.

¹⁶ Sobre la historia de la instauración del Tribunal Constitucional austriaco vid. CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Sobre el pensamiento de Kelsen y su aporte a la creación de la jurisdicción constitucional vid. ETO CRUZ, Gerardo: "Un artifice del Derecho Procesal Constitucional: Hans Kelsen", en AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), 4ª edición, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación - Editorial Porrúa, México, 2003. Vid. el mismo trabajo en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., pp. 295 y ss. Nuevos aportes, esta vez de un enfoque de la reconstrucción del debate teórico en donde se origina la concepción democrática de Kelsen y su repercusión en la creación del Tribunal Constitucional, en LAGI, Sara: *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de "De la esencia y valor de la democracia"*, Biblioteca Nueva Editorial, Madrid, 2007, pp. 159 y ss.

¹⁷ Sobre el origen y nacimiento del amparo mexicano existen mil y un ensayo (HURTADO MÁRQUEZ, Eugenio: *Ensayo bibliográfico de derecho constitucional mexicano y de garantías, amparo y derechos humanos*, 2ª. Edición, UNAM, México, 1998), por lo que nosotros preferimos identificar dicha fecha el 31 de marzo de 1841 en la que la Constitución del Estado de Yucatán establecía ya el amparo; y que según Fix-Zamudio "con toda razón Manuel Crescencio Rejón es considerado como uno de los creadores de nuestra máxima institución procesal, y también el primero que en Latinoamérica determinó la consagración legal de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Al introducir el nombre del amparo, el ameritado publicista yucateco tuvo el acierto de haber exhumado, deliberadamente o no, un vocablo tan hermoso y expresivo, evocador y legendario. A nivel nacional, el amparo fue establecido en el Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847, que debe su nombre a que dicho documento introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824, cuya vigencia había sido restablecida. Esta acta se inspiró en forma indubitable en el proyecto redactado por el otro distinguido jurista y político mexicano Mariano Otero, considerado como el segundo padre del amparo, ya que en el art. 25 del propio documento constitucional se implantó la disposición calificada como "Fórmula Otero", que todavía subsiste". (Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor: *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1964, p. 373; y del mismo autor *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, UNAM, México, 1993, p. 26).

En lo que respecta a América Latina, la Argentina ha recepcionado el instituto del amparo a nivel constitucional en los arts. 43, párrafos 1 y 2 de su Ley Fundamental y lo ha desarrollado a nivel legislativo mediante Ley 16986, Ley de Acción de Amparo de 1966, recibiendo el nombre de “Acción de Amparo”; Bolivia, por su parte, ha sentado su base constitucional en el art. 19 de su Carta Magna, y lo ha reglamentado mediante Ley 1836, Ley del Tribunal Constitucional de 1998, donde se recoge este instituto con el nombre de “Recurso de Amparo”; Brasil, a su vez, lo ha recogido en el art. 5º, LXIX y LXX de su Constitución y lo ha desarrollado mediante Ley 1533, *Lei do Mandado de Segurança* de 1951, con el *nomen iuris* de “*Mandado de Segurança*”, cuya traducción del lusitano es “Mandamiento de Seguridad o de Amparo”; Colombia le ha dado reconocimiento constitucional en el art. 86 de la Constitución Política de 1991 y lo regula a través del Decreto 2591 donde se denomina al instituto “Acción de Tutela”; Costa Rica, le ha dado configuración constitucional en el art. 48 de su Comando Normativo Mayor y desarrollo legislativo a través de la Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley 7135 de 1989, denominándole “Recurso de Amparo”; Chile ha sentado su marco constitucional en el art. 20 de su Carta Política y su desarrollo reglamentario está previsto en el Auto Acordado de la Corte Suprema, sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales de 1992 calificando al instituto como “Recurso de Protección”; Ecuador, lo comprende a nivel constitucional en el art. 95 y su regulación se encuentra en la Ley del Control constitucional de 1997, denominándole “Acción de Amparo”; El Salvador lo prevé en el art. 247 de su Constitución y a nivel infraconstitucional en la Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960 donde le denomina al instituto como “Proceso de Amparo”; Guatemala lo comprende en el art. 265 de su Constitución y su ordenamiento reglamentario se encuentra en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad a través del Decreto Nº 1-86 de 1986, denominándole simplemente “Amparo”; Honduras, por su lado, le da asiento constitucional en el art. 183 de su Carta Magna y desarrollo legislativo a través de la Ley sobre Justicia Constitucional de 2005, y le denomina “Garantía o Recurso de Amparo”; México, cuna de esta institución, lo comprende en el art 103 y 107 de su célebre Constitución de 1917 y se ve reglamentada a través de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de los Estados Unidos Mexicanos, de 1936, denominándole “Juicio de amparo”; Nicaragua lo prevé en los arts. 45 y 188 de su Constitución y lo desarrolla a través de la Ley de Amparo de 1988, consignándolo como “Recurso de Amparo”; Panamá, por otro lado, recoge este instituto en el art. 50 de su Constitución y lo desarrolla en su Código Judicial de 1987, en el Libro IV que trata de las Instituciones de Garantía, específicamente en el Título III titulado “Amparo de Garantías Constitucionales”, donde se le asigna el nombre de “Recurso de Amparo de Garantías Constitucionales”; Paraguay, por su parte, le ha otorgado rango constitucional a través del art. 134 de su Carta Política y lo reglamenta en la Ley Número 1.337/88, Código Procesal Civil de 1988, en el Libro IV, “De los juicios y procedimientos especiales”, en especial en su Título II rotulado “Del Juicio de Amparo”, y le llama, simplemente, “Amparo”; Uruguay, que a pesar de no recoger expresamente este instituto procesal en su Constitución, lo ha regulado a nivel legislativo en la Ley Número 16.011 de 1988, que le denomina “Acción de Amparo”; y finalmente Venezuela, que ha recepcionado esta figura procesal en el art. 27 de su Constitución y la ha reglamentado a través de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, donde recibe dos nombres o acepciones “Acción de Amparo Constitucional” o “Acción de Amparo a la libertad o seguridad”.

En el ámbito europeo tenemos en primer lugar Alemania, cuya base constitucional del amparo se ubica en el art. 93.1, 4º de la Ley Fundamental de Bonn y reglamentada a través de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGE) de 1961 que le

denomina “Queja o Recurso Constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*); Austria, que recoge el instituto en el art. 144 de su Constitución y lo reglamenta vía la Ley del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz, VerfGG*) de 1953, lo denomina “Queja o Reclamación” (*Beschwerde*); Croacia lo recoge en el art. 128 de su Carta Magna y lo desarrolla en la Ley Constitucional del Tribunal Constitucional de la República de Croacia (*Ustavni Zakon O Ustavnon Sudu Republike Hrvatske*), Número 99 de 1999, donde le asigna el nomen iuris de “Queja Constitucional”; Eslovaquia, por su parte, lo prevé en el art. 127.1 de su Constitución y lo reglamenta a través de la Ley del Consejo Nacional de la República Eslovaca número 38, sobre la organización del Tribunal Constitucional de la República de Eslovaquia, los procedimientos ante el Tribunal Constitucional y el estatus de sus Jueces (*Zákon Národnej Rady Slovenskej republiky o Románi pred ním a o postavení jeho sudcov*) de 1993, donde ha recibido la nomenclatura de “Queja Constitucional”; Eslovenia, por otro lado, lo ha incluido en su Comando Normativo Mayor, en su art. 160 y lo ha desarrollado a través de la Ley del Tribunal Constitucional (*Zakon o Ustavnem sodišču*) de 1994, donde se le denomina “Queja o petición constitucional”; España, a su vez, ha recogido este instituto en el art. 53.2 y 161.1, b) de su Constitución y a nivel legislativo lo ha normado a través de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979, y se le denomina “Recurso de Amparo”; Hungría, por otro lado, le ha dado encaje constitucional en el art. 64 de su Norma Normarum y lo ha reglamentado a través de la Ley número XXXII sobre el Tribunal Constitucional (*évi XXXII. törvény az Alkotmánybíróságról*) de 1989 identificándolo como “Petición o queja constitucional”; Polonia, por su parte, ha establecido la base constitucional de este instituto en el art. 79 de su Carta Magna y lo ha reglamentado a través de la Ley del Tribunal Constitucional (*Ustawa o Trybunale Konstytucyjnym*) de 1997, que le denomina “Queja Constitucional”; República Checa lo recoge en el art. 87.1, d) de su Constitución y lo desarrolla a nivel legislativo en la Ley del Tribunal Constitucional (*Zákon o Ústavním soudu*) de 1993, y le denomina “Queja Constitucional”; República de Macedonia recoge la institución en el art. 50 y 110 de la Constitución y la reglamenta a través de las Reglas de Procedimiento del Tribunal Constitucional (*Delovnik Na Ustavniot Sud Na Republika Makedonija*) de 1992, donde se le denomina “Procedimiento para la protección de libertades y derechos”; Rusia lo ha recogido en el art. 125.4 de su Constitución y lo reglamenta a través de la Ley Constitucional Federal sobre el Tribunal Constitucional de la Federación Rusa de 1994, calificándolo como “Queja Constitucional”; y finalmente Suiza, que lo recoge en el art. 189.1, a) de su Constitución y lo desarrolla a través de la Ley Federal de Organización Judicial (*Bundesrechtspflegegesetz, OG*) de 1943 y le denomina “Recurso de Derecho Público” (*Staatsrechtliche Beschwerde/ Recours de Droit public/ Ricorsi di Diritto Pubblico*).

Por su parte en el continente africano se podrá apreciar que este instituto procesal ha sido recogido por la República de Cabo Verde, que lo ha regulado en los arts. 20 y 219, e) de su Constitución, además de desarrollarla a nivel reglamentario en la *Lei do Amparo*, no. 109/IV de 1994, donde se le llama “Recurso de Amparo”.

En Asia esta institución ha sido recepcionada por la Región Administrativa Especial de Macao, que la regula en los arts. 4 y 36 de su Ley Básica (*Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China*) y desarrollada por la *Lei de Bases da Organização Judiciaria de Macau*, no. 112, Abrogada por Lei no. 9, que *Aprova a Lei de Bases da Organização Judiciaria* de 1999, que denomina a este instituto “Recurso de Amparo”¹⁸.

¹⁸ AA.VV.: *El Derecho de Amparo en el Mundo*. FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinadores), UNAM, Porrúa y Konrad –Adenauer– Stiftung, México, 2006, pp. 1225-1229.

Finalmente la dimensión del amparo se proyecta a nivel de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos o de jurisdicción constitucional supranacional, donde este instituto ha sido recogido tanto en el sistema europeo de protección como en el sistema americano. En cuanto al sistema europeo, la base convencional de este instituto está prevista en los arts. 13 y 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, siendo regulado por el Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo (*Rules of the Court/Règlement de la Cour*) de 2005, que recoge al amparo tanto como derecho subjetivo tutelado por el art. 13 de la Convención, que le denomina en este sentido “Recurso” (*Remedy/Recours*), tanto como instrumento procesal de tutela, en virtud del art. 34 de la misma Convención, que en este caso aplica a este instituto el *nomen iuris* de “Demanda Individual” (*Individual application/ Requête individuelle*). En lo que corresponde al sistema americano, la base convencional se establece en los arts. 25.1 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica de 1969, siendo reglamentado más detalladamente por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979) y su Reglamento (2000), y por el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979) y su Reglamento (2000), que han incorporado el amparo tanto en su dimensión de derecho subjetivo al recurso rápido, eficaz y sencillo (art. 25.1.), como en su dimensión de instrumento procesal de tutela de los derechos establecidos en la Convención, y que se denomina “denuncia o queja de violación” (art. 44 de la Convención)¹⁹.

2. Breve esbozo sobre la discusión respecto a la existencia de la ciencia del derecho procesal constitucional²⁰.

Es probable que el Derecho Procesal Constitucional, como parcela de estudio y conocimiento de un filón del derecho, venga ya transitando un respetable tiempo en busca de su consagración definitiva como disciplina jurídica con *status* propio y que compita de igual a igual con sus homólogas disciplinas procesales²¹. Esta comprobación, en principio, no resulta de la pura voluntad de una comunidad de académicos²² que subjetivamente vendrían planteando la exis-

¹⁹ Vid. al respecto el capítulo del “Amparo internacional” en AA.VV.: *El Derecho de Amparo en el mundo*, op. cit., pp. 945-1220. Específicamente sobre el “amparo interamericano” vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: “La protección de derechos y libertades en el sistema jurisdiccional interamericano. El amparo interamericano”, en AA.VV.: *El Derecho de Amparo en el mundo*, op. cit., pp. 985-1033. Sobre el “amparo intereuropeo” vid. BRAGE CAMAZANO, Joaquín: “Stratisburgum locutus, causa finita. El amparo intereuropeo ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa”, en AA.VV.: *El Derecho de Amparo en el mundo*, op. cit., pp. 1035-1104; FIX-ZAMUDIO, Héctor: “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, en AA.VV.: *El Derecho de Amparo en el mundo*, op. cit., pp. 1105-1155; y MORENILLA ALLARD, Pablo: “El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA.VV.: *El Derecho de Amparo en el mundo*, op. cit., pp. 1157-1220.

²⁰ El presente acápite, debidamente actualizado, lo tomamos de nuestro trabajo “El pensamiento del Derecho Procesal Constitucional en Domingo García Belaunde”, en ETO CRUZ, Gerardo: *Estudios de Derecho Constitucional*, Prólogo de José F. Palomino Manchego, Universidad Nacional de Trujillo, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Editora Nuevo Norte, Trujillo, 2001, pp. 215-219. El mismo trabajo se encuentra también en AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), 4ª edición, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación - Editorial Porrúa, México, 2003.

²¹ En esta línea la Teoría General del Proceso permite desentrañar para cualquier rama procesal la naturaleza jurídica del proceso: ¿qué es el proceso?; la estructura del proceso: ¿cómo está hecho?; y la función del proceso: ¿para qué sirve? Vid. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto: *Proceso, autocomposición y defensa*, Imprenta universitaria, México, 1947, pp. 104-105; COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 58; GIMENO SENDRA, José Vicente: *Fundamentos del Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1981, pp. 155 y ss.; FAIREN GUILLÉN, Víctor: *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley Procesal General*, Bosch, Barcelona, 1990.

²² Thomas Khun ha definido los marcos en los que debe discurrir una “ciencia normal”. Así, al analizar el proceder efectivo de las comunidades de académicos o científicos, deben existir las siguientes condiciones: a) La existencia de un círculo de personas dedicadas a una actividad científica en un campo determinado (Criterio de pertenencia); b) Este círculo fundamenta sus investigaciones en una hipótesis determinada (Criterio de fundación); c) Esta hipótesis o paradigma ha encontrado una o varias aplicaciones en un campo de problemas específicos (Criterio de aplicación); d) El círculo de científicos pretende realizar nuevas aplicaciones del para-

tencia de esta relativamente novel disciplina procesal²³; sino que su nacimiento ha sido impuesto por la necesidad de que algún sector de científicos se encarguen de aquel conjunto de normas de carácter procesal-constitucional que existen en los correspondientes sistemas jurídicos.

No obstante resultar atractivo el rótulo “Derecho Procesal Constitucional” que se utiliza cada vez con más naturalidad y en un marco geográfico cada vez más amplio, esta disciplina todavía no deja de tener legítimas preocupaciones²⁴: ¿Tiene ya una claridad en sus límites y precisión en su contenido? ¿O es que acaso se encuentra en un periodo de reajuste y novedad en el que su objeto todavía no tiene la fijeza como las demás disciplinas que gravitan en el firmamento jurídico con luz propia? Si bien somos de la opinión que aún le falta decantar muchas cosas como disciplina jurídica, no por ello debemos dejar de reconocer su irrefutable existencia. En efecto, hoy ya nadie pone en duda que las normas reguladoras de los procesos constitucionales deben ser estudiadas con independencia de las normas constitucionales sustantivas²⁵. Sin embargo, décadas atrás, los estudios de los procesos constitucionales eran asumidos por los constitucionalistas con evidentes deficiencias de técnica procesal. En países como Italia, fueron los procesalistas civiles los que, al surgir la jurisdicción constitucional, inmediatamente se adueñaron de esos inexpugnables territorios que no habían sido transitados aún²⁶. En la actualidad, no

digma a la solución de otros problemas (Criterio de ampliación). Véase KHUN, Thomas S.: *The structure of scientific revolutions*. Chicago, 1970.

²³ Si bien el *nomen iuris* del Derecho Procesal Constitucional viene, aún, siendo subsumido bajo los cartabones de la “jurisdicción constitucional” (Vid. los recientes trabajos de PÉREZ TREMP, Pablo: *Escritos sobre justicia constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005 y BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005), en los últimos años esta disciplina procesal ha adquirido una significativa presencia en la literatura especializada. Así, en retrospectiva mirada bien podemos encontrar una primera etapa a través de los trabajos de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, entre los que destacan sus Ensayos de Derecho Procesal (Civil, Penal y Constitucional), Edic. Rev. de Jurisprudencia, Buenos Aires, 1944; Proceso, Autocomposición y Defensa, Imprenta universitaria, UNAM, México, 1947. Este autor habrá de insistir en el tema en diversos trabajos posteriores. Así, sobresale: Veinticinco años de evolución de Derecho Procesal (1940-1965), UNAM, México, 1968; Estudios diversos de Derecho Procesal, Bosch, Barcelona, 1987; La protección procesal internacional de los Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1975.

También en esta primera etapa de desarrollo se ubican los trabajos de COUTURE, Eduardo: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3 Vols. Ediar, Buenos Aires, 1948; CALAMANDREI, Piero: *Estudios sobre el proceso civil*, 3 Vols., específicamente el tomo 2. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

Habría una segunda etapa expresada en una literatura dispersa cuyas publicaciones, si bien ancladas a un contenido y a categorías propias del Derecho Procesal Constitucional, siguen apareciendo en el amplio maremagnum del Derecho Constitucional como *revisión judicial*, *control constitucional* y *jurisdicción o justicia constitucional*; y, luego, existe una tercera etapa, que estimamos la definitiva, con una producción que se identifica con el actual *nomen iuris* del Derecho Procesal Constitucional.

²⁴ Domingo García Belaunde ha sostenido que: “Desde el punto de vista de la Teoría del Proceso, es evidente que este Derecho Procesal está todavía en ciernes, es decir, en embrión y, por tanto, hay que tomarlo con reserva aun cuando en el futuro esta rama jurídica florecerá” (Cfr. “Garantías Constitucionales en la Constitución peruana de 1993”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas – CAJ, Lima, 1994, pp. 255-256). Actualmente y en reciente obra, el citado académico estima que el nombre tiene ya una consagración definitiva, aún cuando en Europa se prefiera utilizar el término “jurisdicción o justicia constitucional”. Así, “...qué se entiende por Derecho Procesal Constitucional. Seguramente, de haber escrito hace algunos años, la pregunta habría sido otra: ¿existe o puede existir una disciplina jurídica que se llame Derecho Procesal Constitucional?”

Esta inquietud ha sido respondida en forma afirmativa. Existe una disciplina que puede denominarse Derecho Procesal Constitucional, pues los hechos así lo demuestran: hay publicaciones, cátedras dedicadas a ello, procesos constitucionales, eventos centrados en su estudio. Todo esto es una realidad, como para que justifique una respuesta positiva, no obstante algunas posiciones pesimistas o dubitativas, que todavía se ven en el entorno. Pero esto es cuestión de tiempo, pues tarde o temprano, por lo menos en el mundo romanista, una disciplina así será plenamente aceptada”. (Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, p. 92.)

²⁵ En sentido contrario opina, por ejemplo, Néstor Pedro Sagüés (Cfr. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, T I, Astrea, Buenos Aires, 1989) quien sostiene que el Derecho Procesal Constitucional es de naturaleza mixta, es decir, que pertenece tanto al Derecho Constitucional como al Derecho Procesal; y siendo que las instituciones procesales se encuentran en la propia Constitución, son los constitucionalistas los que tienen mayor preocupación que los procesalistas. Este planteamiento si bien no es del todo falso, no resuelve, como afirma Domingo García Belaunde, el problema y se limita tan solo a señalar una dificultad. Con todo, la granítica personalidad del profesor de la Universidad de Rosario plantea una tesis sobre la cual los demás académicos están, desde luego, llamados a pronunciarse.

²⁶ Sólo para citar el caso de Piero Calamandrei, quien desarrolló en Italia las bases del Derecho Procesal Constitucional en su clásico trabajo “La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile”, en *Estudios sobre el proceso civil*, Vol. 2. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

obstante el reclamo de que su estudio requiere una perspectiva estrictamente procesal como lo viene propugnando hace ya un buen tiempo Jesús González Pérez²⁷, esta disciplina viene, por lo general, siendo diseñada por los propios constitucionalistas y quizás el fermento del tiempo ha podido vadear una serie de dudas y hoy se podría con vigorosa firmeza proclamar que el Derecho Procesal Constitucional tiene ya un sitio en el concierto de las demás ramas del derecho procesal. Lo dicho, por otro lado, requiere hacer una comparación para comprender lo que aquí venimos sustentando.

Un breve planteamiento demasiado esquemático confirma la existencia de esta rama procesal cuando se observa que, frente al Código Civil y su respectivo código adjetivo, el Procesal Civil, concurren con igual fuerza de estudio las disciplinas jurídicas específicas: el Derecho Civil y el Derecho Procesal Civil. Lo propio ocurre con el Código Penal, cuyas disciplinas académicas llamadas a estudiarlo son el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal²⁸. En realidad podemos afirmar que, en términos del episteme jurídico, las normas jurídicas –sean sustantivas o procesales, del derecho civil o penal o de cualquier otra norma sustantiva²⁹– son simplemente eso: normas de conducta, mandatos, imputaciones que prescriben algo³⁰; en cambio, la ciencia jurídica correspondiente en cada materia, estudia y describe dichas normas, como objeto de estudio³¹.

Esta descripción que aquí venimos haciendo, también es aplicable al derecho constitucional y al derecho procesal constitucional, en términos de disciplinas científicas. El primero estudia a la Constitución, sea en su lectura del texto formal o material o todo lo que antológicamente se presente como el fenómeno constitucional³², esté o no normado.

Pero, sumado al texto o código fundamental, se revela necesaria la existencia de un Código Procesal Constitucional (como existe en nuestro país o distintas leyes orgánicas sobre jurisdicción constitucional, en otros países) que regule orgánicamente las instituciones procesales

Vid. al respecto CAPPELLETTI, Mauro: "Piero Calamandrei y la Defensa Jurídica de la libertad", FIX-ZAMUDIO, Héctor. "La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional", ambos en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo VI, número 24, 1956.

²⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980. Dígase de paso que este autor, a pesar de provenir de otros "predios jurídicos", ha sido sin lugar a dudas el pionero en haber estampado una obra con dicho título en España. Posteriormente, han sido otros los académicos que utilizan con frecuencia este rótulo. Así tenemos a GONZÁLEZ DELEITO, Domingo Nicolás: *Tribunales Constitucionales. Organización y Funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 1980; ALMAGRO NOSETE, José y SAAVEDRA GALLO, Pablo: *Lecciones de Derecho Procesal Laboral, Contencioso-Administrativo-Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990; FAIREN GUILLÉN, Víctor: *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Vol. III, Edersa, Madrid, 1988-1992. Destáquese que el pionero en haber utilizado en España dicho *nomen iuris* fue el recordado procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, aun cuando su obra fue publicada en Buenos Aires (Cfr. *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Edic. de la Revista de Jurisprudencia Argentina S.A., Buenos Aires, 1994, pp. 503 y ss.).

²⁸ Ya Domingo García Belaunde, hace casi tres décadas, se pronunciaba en este sentido: "...así como el Derecho Civil se complementa con el Derecho Procesal Civil y el Derecho Penal hace lo propio con el Derecho Procesal Penal, el Derecho Constitucional se complementa con el Derecho Procesal Constitucional...". Vid. "Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979", en *Derecho*, Revista de la PUCP, N° 35, junio de 1981, p. 65.

²⁹ Al respecto, el profesor Alessandro Pizzorusso señala que la diferencia entre el Derecho Sustantivo (sea civil, penal, administrativo) y el Derecho Procesal viene dado por la circunstancia de que el primero integra las "reglas sustanciales" para la formación de los diferentes tipos de relaciones, en tanto que el segundo establece el modo mediante el cual obtiene del juez la aplicación coactiva de las normas sustanciales en caso de inobservancia. (Cfr. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Vol I. 3ª ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 10-11).

³⁰ Sobre el particular véase a PHILIPPS, Lotear: "Teoría de las Normas", en *Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, edición a cargo de KAUFMANN, Arthur y HASSEMER, Winfried, Edición española por ROBLES, Gregorio. Debate, Madrid, 1992, pp. 266-273. Igualmente la obra póstuma de KELSEN, Hans: *Teoría General de las Normas*, Traduc. de Hugo Carlos Delory Jacobs. Trillas, México, 1994.

³¹ Ver el trabajo de GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Conocimiento y Derecho. Apuntes para una Filosofía del Derecho*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1982, en especial p. 40. Igualmente a SAARBRUCKEN: "La teoría jurídica de Ulfrid Neumann", en KAUFMANN, Arthur y HASSEMER, Winfried: *Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, op. cit., pp. 351-364. Mucho más reciente puede verse el libro al alimón de NIETO, Alejandro y GORDILLO, Agustín: *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 26 y ss., y 72 y ss.

³² HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, (Selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón). 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, ver específicamente "Concepto y cualidad de la Constitución", pp. 3 y ss.; HAURIAU, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ariel, Barcelona, 1980.

tendientes a hacer prevalecer la “parte sustantiva” de aquel Código Constitucional³³. En definitiva, se trata de que una legislación procesal –sea dispersa o sistematizada en un cuerpo unitario– regule los diversos “procesos constitucionales” y, por tanto, traten de afirmar –pues he ahí la *ratio legis* de dichas normas procesales– la defensa de la Constitución, a través de los diversos mecanismos procesales que establezca la propia normatividad constitucional³⁴. A este tipo de instituciones de naturaleza procesal constitucional, distintas a las otras normas, le asiste la respectiva disciplina llamada a cubrir su estudio: el derecho procesal constitucional.

Si vemos en perspectiva histórica los enfoques y preocupaciones de nuestra disciplina, siempre existirá la necesidad de enfrentar más que nuevos, reciclados temas que los autores ponen en el tapete de discusión:

- a) El creciente desarrollo y expansión de la disciplina y cuya referencia geográfica, no cabe duda, se encuentra en América Latina, pese al permanente influjo del pensamiento continental europeo.
- b) Las discrepancias terminológicas sobre su denominación, que a estas alturas, sin embargo, estimamos ya vadeado; aunque Europa acaso por comodidad o costumbre asigne o rotule como jurisdicción constitucional o justicia constitucional, o en el mundo anglosajón, revisión judicial o control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. En fin, creemos que toda esta gama de nombres, que jugaron un rol identificatorio en su momento, hoy tranquila y epistémicamente pueden encapsularse con el nombre apropiado: Derecho Procesal Constitucional.
- c) La búsqueda de ciertas líneas que, en modo alguno estáticas, demarquen preliminarmente el reducto que configura su objeto de estudio. En este ámbito, creemos que por lo menos, en términos de la comunidad académica, la jurisdicción constitucional, los procesos constitucionales y la magistratura constitucional, constituyen el núcleo duro de nuestra disciplina, la que, a su vez, se ve rodeada de otras materias que han venido “desprendiéndose” de otras disciplinas y que algunas mantienen una intersección con el Derecho Procesal Constitucional. Sobre este punto, creemos que sí falta decantar la materia “total” del Derecho Procesal Constitucional.
- d) La indagación acerca de su entidad científica autónoma. Aquí estimamos que si bien, el Derecho Procesal Constitucional proviene como todas las demás vertientes procesales de la Teoría General del Proceso, ello no impide constatar su autonomía como disciplina, aún cuando no se desconozca que el Derecho Procesal Constitucional se integra para su desarrollo de una serie de teorías provenientes de “otras” disciplinas para llegar a comprender su cometido científico.
- e) La vertiente metodológica que debe suponer el estudio de su objeto, no sólo desde un punto de vista normativo, sino también desde una dimensión fáctica o existencial, a fin de

³³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “La codificación de los procesos constitucionales”, en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Pablo Luis Manili (Director), op. cit., pp. 99 y ss.

³⁴ Héctor Fix-Zamudio señala que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, logrando su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. Ver AA.VV.: *La Constitución y su Defensa*, UNAM, México, 1984, pp. 15-16. También puede verse en “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano”, en AA.VV.: *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica: Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 1997, p. 258.

verificar en los hechos cómo operan las instituciones procesales que estudia y preconiza. Ligado a ello, está claro que el Derecho Procesal Constitucional tiene una textura axiológica que comprende los principios y valores que inspira la permanente lucha por afirmar la vigencia efectiva de los derechos humanos y de la supremacía de la Constitución³⁵.

3. Los orígenes y referencia de nuestra disciplina en el pensamiento constitucional contemporáneo.

En un trabajo colectivo publicado hace algún tiempo sobre una encuesta a un grupo de académicos³⁶, bien podríamos apreciar que diversos autores ya han venido tomando las nociones de esta disciplina en fechas disímiles. A continuación vamos a reseñar las fuentes bibliográficas de donde los principales juristas de cada país tomaron conocimiento de esta disciplina. Dicho recorrido bibliográfico nos permitirá a su vez observar la evolución doctrinaria de nuestra disciplina y los principales hitos de su desarrollo científico. Veamos:

Peter Häberle por ejemplo en Alemania tomó referencia de esta disciplina a mediados de la década del 50 en Friburgo de Brisgovia; el único libro existente en aquel entonces provenía del magistrado constitucional federal W. Geiger (1952): *Gesetz ubre das BVerfG, Comentar* (La Ley del Tribunal Constitucional Federal-Comentarios) y que abordaba básicamente cuestiones procesales recogidas en la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Un trabajo de referencia más específica a esta materia lo encuentra en la obra de Fix-Zamudio publicado en Alemania con el nombre *Verfassungskontrolle in Lateinamerika* (Control Constitucional en América Latina), donde el profesor mexicano consideraba a Hans Kelsen como fundador de esta “nueva disciplina científica”: el Derecho Procesal Constitucional. El mismo Häberle escribiría en 1976 un ensayo entonces quizás básico “El Derecho Procesal Constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional” aparecido en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 2001, pp. 25 y ss. y luego en su libro *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra, Lima 2004, pp. 23-54. Los manuales más destacados de hoy sobre esta disciplina en Alemania son, según este autor, los de C. Pestalozza; E. Bendal; E. Klein; K. Schlaich, y también del abogado R. Zuck (*El Derecho de la queja constitucional*, 2ª ed. 1988), que son publicaciones relativamente recientes; no obstante, el Tribunal Constitucional Federal había llevado, una y otra vez, a pequeños trabajos y casos controvertidos; al respecto P. Häberle, *Jurisprudencia constitucional comentada*, 1979, pp. 125 y ss.

En Argentina, Osvaldo A. Gozaíni señala que la referencia la tomó en 1979 con ocasión de conocer el libro de Adolfo Gelsi Bidart (Uruguay) cuando le expresara que “una ciencia nueva podría ser el Derecho Procesal Constitucional, aunque ya lo sostuvo Couture allá por 1946”. En todo caso, a criterio de este autor el primero que utilizó el nombre del Derecho Procesal Constitucional fue Juan Carlos Hitters en un artículo publicado en *El Derecho* (1987), Tomo 121, pp. 881 y ss. que se titulaba “El Derecho Procesal Constitucional”; luego Néstor Pedro Sagüés retituló sus obras *Recurso Extraordinario y Amparo*, con el agregado de *Derecho Procesal Constitucional*, pero lo hizo en ediciones posteriores y no desde las primeras.

³⁵ BAZAN, Víctor: “El Derecho Procesal Constitucional frente al siglo XXI: Actualidad y desafíos”, en *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo I, Víctor Bazán (Coordinador), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 60-71.

³⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (Coordinadores): *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006.

Por su parte, este mismo autor afirma que esta asignatura la descubrió por un comentario que Niceto Alcalá Zamora y Castillo hiciera en la *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1945, año III, 1ª parte, pp. 77-78.

En Bolivia, Jorge Asbún señala que aproximadamente a fines del año 1988 en España en el marco del programa de doctorado que seguía en la Universidad Complutense de Madrid escuchó hablar por primera vez de esta disciplina. Tardíamente esta acepción fue utilizada por primera vez en el foro organizado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales en marzo de 2001 y fue utilizada como título de una obra colectiva: *Derecho Procesal Constitucional Boliviano* editado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, publicado en Santa Cruz, en marzo de 2002.

En este mismo país, Pablo Dermizaky Peredo afirma que esta disciplina llegó a su conocimiento con el libro de Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980; mientras que José Antonio Rivera Santiviáñez conoció la disciplina a través del libro de Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional* y posteriormente a través del ya citado libro de Jesús González Pérez y de los trabajos de los profesores Fix-Zamudio, García Belaunde y Ernesto Rey Cantor. Este profesor afirma que el primero en introducir este *nomen iuris* en Bolivia fue el profesor José Decker Morales, en una conferencia impartida en el Colegio Departamental de Abogados de Cochabamba, en octubre de 1998.

En el Brasil, el profesor Ivo Dantas expresa que fue el profesor Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho, en su tesis *Proceso Constitucional* presentada al concurso para la designación de Profesor Titular del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais (Edición limitada, Belo Horizonte, 1981), quien primero se ocupó de esta disciplina utilizando dicha denominación y de quien conociera el surgimiento de esta disciplina científica. Posteriormente en 1984, este texto fue publicado por la Editorial Forense.

Por su parte, el profesor Regis Frota Araujo afirma que tomó noticia de esta disciplina en los estudios de doctorado que seguía en la Universidad Compostelana entre los años de 1994 y 1998. Este autor señala que el primero autor brasileño que utilizó el nombre de “Derecho procesal Constitucional” fue el profesor de la Universidad Federal de Río de Janeiro, Roberto Rosas, profesor de la Universidad de Brasilia desde 1966 y que fue presidente del Instituto de los Abogados del Distrito federal y también Ministro del Tribunal Superior Electoral (STE). Escribió en 1983 por la Editorial “Revista dos Tribunais”, bajo el título de *Directo Processual Constitucional (Princípios Constitucionais do Processo Civil)* el primer texto sobre esta materia.

Por último, en este mismo país, André Ramos Tavarés destaca que el primer autor brasileño que utilizó el término “Derecho Procesal Constitucional”, decantándolo y utilizándolo en sentido específico, fue la profesora Ada Pellegrini Grinover, en su obra: *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil* (Los Principios Constitucionales y el Código Procesal Civil, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975). Sin embargo, la visión de la autora sobre el Derecho Procesal Constitucional era extremadamente amplia, abarcando tanto el proceso de control de constitucionalidad como la tutela constitucional de los principios procesales y los referidos a la organización judicial. En ese sentido, fue solamente el profesor José Alfredo de Oliveira Baracho (*Processo Constitucional*, Río de Janeiro: Forense, 1984. 408 pp.), quien pasó a utilizar esa expresión de forma más estricta, como referido al proceso de control de constitucionalidad.

En Colombia el profesor Ernesto Rey Cantor señala que tomó conocimiento de esta disciplina por el contacto personal que sostuvo en San José de Costa Rica en el mes de abril de 1994 con los maestros Héctor Fix-Zamudio y Néstor Pedro Sagüés y de sus respectivas obras. Afirma que fue él quien introdujo esta denominación en su país a través de su obra *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali, julio de 1994.

En Costa Rica, Rubén Hernández Valle afirma que por la lectura en 1982 del ensayo de Gustavo Zagrebelsky, donde este autor italiano se preguntaba por la utilización de la denominación de “Derecho Procesal Constitucional”, conoció de la existencia de esta disciplina. Del mismo modo, expresa que en el curso de Maestría en Derecho Público en la Universidad de Costa Rica en 1990, él empezó a utilizar en este país el *nomen iuris* de nuestra disciplina.

En Chile, el profesor Humberto Nogueira Alcalá expresa que el contacto con esta nueva disciplina lo tuvo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde en el curso de Derecho Procesal conoció la obra de Eduardo Couture *Estudios de Derecho Procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1948, que en su tercera parte trataba casos sobre Derecho Procesal Constitucional. Posteriormente, en 1982 en un viaje a Madrid, conoció más a profundidad esta nueva rama procesal al adquirir el libro de Jesús González Pérez *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980. Finalmente, el conocimiento completo de esta disciplina científica lo adquirió a través de los textos clásicos de Néstor Pedro Sagüés y Héctor Fix-Zamudio.

En este mismo país, Francisco Zúñiga Urbina expresa que al igual que muchos la lectura del procesalista español Jesús González Pérez y de su libro *Derecho Procesal Constitucional*, lo condujo al estudio y profundización de esta nueva rama procesal. Por otro lado, afirma que en Chile el término se comenzó a utilizar en 1988 por el procesalista Hugo Pereira Anabolón y el constitucionalista Humberto Nogueira Alcalá, organizándose en la Universidad Central de Chile dos seminarios internacionales sobre Justicia Constitucional, con la destacada participación de maestros latinoamericanos como Héctor Fix-Zamudio y Néstor Pedro Sagüés, que contribuyeron decisivamente a abrir camino a esta nueva disciplina. Las actas de estos seminarios internacionales con los trabajos de Nogueira y Pereira fueron publicadas en la *Revista de Derecho* de la Universidad Central. También cabe destacar la preocupación del procesalista de la Universidad de Valparaíso Raúl Tavolari Oliveros por los temas propios del derecho procesal constitucional y que están recogidos en monografías y artículos destacando los libros *Habeas Corpus y Tribunales, jurisdicción y proceso*, ambos de la Editorial Jurídica de Chile.

En España, el profesor José Julio Fernández Rodríguez manifiesta que fue gracias al profesor Francisco Fernández Segado, responsable de la cátedra de Derecho Político I (curso 1988-89) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, que conoció de la existencia de esta denominación para hacer referencia a lo que se conocía como “jurisdicción constitucional”. Este profesor español afirma, por otro lado, que en España es común atribuir a Jesús González Pérez, profesor de Derecho Administrativo, el uso inicial de la expresión. En efecto en 1980 publicó un libro bajo el título de *Derecho Procesal Constitucional*, obra que sacó a la luz la conocida editorial madrileña Civitas y cuya difusión fue muy importante.

Por su parte, el tantas veces citado profesor español Jesús González Pérez afirma que comenzó a forjar una idea del Derecho Procesal Constitucional, cuando en las clases de licenciatura de su maestro Jaime Guasp (curso 1944-45), éste explicaba las clases de proceso por la pretensión u objeto de lo que se definía y al tratar aquellas que se basaban en la discusión de una norma constitucional, atribuía dicho proceso a uno *político* o *constitucional*. Asimismo, el profesor

español afirma que el término “proceso constitucional” se utilizó por algún autor, al crearse en la II República el Tribunal de Garantías Constitucionales; pero no llegó a utilizarse la expresión “Derecho Procesal Constitucional” para designar – y estudiar – la regulación de los procesos seguidos ante el Tribunal, con alguna excepción, como Alcalá-Zamora y Castillo, al referirse a la división del Derecho Procesal en diferentes sectores ya en la primera de las ediciones de su obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*, aparecida en 1947. En España, por tanto, según su parecer, la primera obra con el título de Derecho Procesal Constitucional que estudiara la regulación de los procesos constitucionales fue la que publicó en 1980 a raíz de entrar en vigor la Ley Orgánica de 3 de octubre de 1979 que regula el Tribunal Constitucional español.

Confirmando este aserto de Jesús González Pérez, Pablo Pérez Tremps afirma que la noción de Derecho Procesal Constitucional recién aparece en España con la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (Ley Orgánica 2/1979) y que, salvo error u omisión, el uso de la expresión alcanza cierta proyección como consecuencia de la edición en 1980 de la obra *Derecho Procesal Constitucional*, del profesor Jesús González Pérez, que comenta la citada LOTC.

En Italia, el profesor Lucio Pegoraro manifiesta que, aunque en un sentido distinto al utilizado en ese país, conoció el Derecho Procesal Constitucional, por la obra de Domingo García Belaunde *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Grijley, Lima, 2000 y por conversaciones personales sostenidas con este autor y otros colegas latinoamericanos y peruanos en especial. Entre los artículos que han tocado este tema en Italia, Pegoraro nos ilustra sobre G. Zagrebelsky, *¿Diritto processuale costituzionale? (¿Derecho procesal Constitucional?)* y C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo* (Proceso constitucional y forma de gobierno), en AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del Processo costituzionale* (Juicio “a quo” y promoción del proceso constitucional), Milano, Giuffrè, 1990; M. D’ Amico, en “Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale” (De la justicia constitucional al Derecho Procesal Constitucional), en *Giurisprudenza italiana* (Jurisprudencia italiana) 1990, parte IV, col. 480; así como algunas contribuciones en R. Romboli (a cargo de) *La giustizia costituzionale ad una svolta* (La justicia constitucional en un cambio de dirección), Giappichelli, Torino 1996. Este profesor italiano expresa, sin embargo, que el debate de estos años fue ya precozmente anticipado en 1950, en la intervención de Virgilio Andrioli en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil (cuyas actas fueron publicadas por CEDAM, Padova 1953), mas en él no se usa la expresión “derecho procesal constitucional”, sino que más se habla de “perfiles procesales del control de las leyes”.

Por su parte, Alessandro Pizzorusso afirma que si bien no puede fijarse una fecha precisa del conocimiento de esta disciplina en Italia, es con la dación de la Constitución de 1947, donde se previó la creación de una Corte Constitucional especializada en el control de la constitucionalidad, que empieza a hablarse de esta materia, más con el nombre conocido en Italia de “justicia constitucional”.

En esta misma línea, Roberto Romboli sugiere que esta noción nace con el funcionamiento concreto de la Corte Constitucional italiana en 1956. En este contexto, este profesor italiano nos recuerda que en este país los primeros comentarios sobre la institución y el funcionamiento de la Corte Constitucional en Italia fueron desarrollados por procesalistas (Calamandrei, Redenti, Cappelletti) más que por constitucionalistas. Las primeras tres publicaciones que se refieren a esta noción, en su título, según Romboli son: Andrioli, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi* (Perfiles procesales del control jurisdiccional de las leyes), Cedam, Padova,

1953; Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano* (El proceso constitucional italiano), Napoli, Jovene, 1957, 2 volúmenes; y Villari, *Il processo costituzionale* (El proceso constitucional), Milano, Giuffrè, 1957.

Finalmente, Antonio Ruggeri considera que en Italia el debate sobre la necesidad de utilizar la denominación “Derecho Procesal Constitucional” y las consecuencias prácticas que dicha asunción generaba, se debe a la publicación de la voz “proceso constitucional” preparado por Gustavo Zagrebelsky para la *Enciclopedia del Diritto* (Enciclopedia del Derecho), vol. XXXVI, Giuffrè, Milán, 1987, pp. 521 y ss.

En México, cuna del Derecho Procesal Constitucional como disciplina científica, el maestro Fix-Zamudio, acaso el padre contemporáneo de nuestra asignatura, afirma que las primeras nociones de esta materia las tomó de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo quien utilizó este concepto en su clásica obra *Proceso, Autocomposición y Defensa*, publicado en 1947 quien, a decir del profesor mexicano, tomó la idea de una rama procesal dedicada a la defensa de la Constitución de la obra fundacional de Kelsen sobre *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, publicada en la *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, en 1928. Con posterioridad, el ilustre profesor mexicano utilizó esta expresión en su tesis de licenciatura presentada en 1955, donde afirmó la necesidad de efectuar una estructuración procesal del amparo y de sopesar una nueva disciplina científica que se encargue justamente del estudio de la implicación procesal de ésta y de las demás garantías constitucionales establecidas por la Constitución. Su tesis fue publicada posteriormente en su libro *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1964, capítulo tercero, pp. 47-82 y sería la obra mexicana que primero plantearía la creación de la ciencia del Derecho Procesal Constitucional.

En este mismo país, Eduardo Ferrer Mac-Gregor afirma que el contacto con esta disciplina lo tuvo a través del ensayo de Fix-Zamudio “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional” que apareció en su obra *El juicio de amparo*. Dicho artículo fue publicado por primera vez en 1956 en la *Revista de la Facultad de Derecho de México* (tomo VI, núm. 24, octubre-diciembre, pp. 191-211). Es, según Ferrer Mac-Gregor, la primera publicación del entonces joven titulado Fix-Zamudio que trata sobre esta materia y donde vuelca las ideas forjadas en su tesis de licenciatura *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana: Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (UNAM, Facultad de Derecho, México, 1955) que fuera dirigida por su maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, cuyos capítulos relativos al “Derecho Procesal Constitucional” y “El proceso constitucional” fueron reproducidos en *La Justicia*, tomo XXVII, núms. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300-12313 y 12361-12364 y en el tomo XXVII, núm. 317, septiembre de 1956, pp. 12625-12636. Sin embargo, según el destacado profesor mexicano, no obstante haber sido Fix-Zamudio quien sentó las bases de esta nueva ciencia, el primero en utilizar dicha denominación en el país azteca fue Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en su obra *Proceso, autocomposición y defensa*, publicada en México en 1947, aunque la misma denominación la utilizó tres años antes en su libro *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, aparecido en Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, en el año de 1944.

La importancia que en México tuvo la obra fundacional de Fix-Zamudio se ve confirmada por el amplio reconocimiento que de sus aportes realizan los demás constitucionalistas mexicanos. Así, José Ovalle Favela manifiesta que el concepto de Derecho Procesal Constitucional lo conoció en 1969 gracias a la lectura del libro de Fix-Zamudio *El juicio de amparo*, donde en sus capítulos tercero y cuarto se sientan las bases de esta nueva disciplina. Por su parte, Diego Va-

ladés afirma que la lectura de *El juicio de amparo* del maestro mexicano lo hizo tomar conocimiento del Derecho Procesal Constitucional, materia en la cual profundizó al ingresar como becario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, donde Fix-Zamudio y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo estaban en calidad de investigadores.

En Paraguay, Jorge Seal Sessain afirma que tomó contacto con esta disciplina a través de las reuniones del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de las publicaciones alcanzadas a él por los profesores Domingo García Belaunde y Eloy Espinosa-Saldaña.

En nuestro país, el profesor Samuel Abad Yupanqui manifiesta que la disciplina la conoció cuando era estudiante de pregrado en la Pontificia Universidad Católica, pues en las clases de Derecho Constitucional y en la de Garantías Constitucionales –que hoy se denomina Derecho Procesal Constitucional– Domingo García Belaunde hacía mención siempre a esta nueva área de estudio. El pionero de esta disciplina y su principal promotor en nuestro país, a decir de este profesor, ha sido Domingo García Belaunde, quien desde 1971 viene impulsando el desarrollo de esta disciplina.

De nuestra parte, sostuvimos en esta encuesta que la disciplina del Derecho Procesal Constitucional la conocimos de los trabajos de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien perfecciona los primeros esbozos de esta rama procesal en su conferencia *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales* pronunciada el 09 de marzo de 1933 y que se reproduce en su obra *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional* (Editorial Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944), donde aborda la génesis de la Constitución republicana y el significado del Tribunal de Garantías Constitucionales y analiza en un *item* de dicho ensayo *Las partes del proceso constitucional*. No obstante, la fuente más específica de tratamiento de esta materia en el profesor español puede hallarse en su obra *Proceso, autocomposición y defensa* (Imprenta universitaria, México, 1947, específicamente pp. 206-207). Por otro lado, consideramos que el conocimiento pleno de esta asignatura lo tomamos de los trabajos de Héctor Fix-Zamudio, quien en su obra *El juicio de amparo* incluyó dos capítulos muy importantes y que hoy pueden considerarse como fundamentales para el asentamiento de las bases científicas de esta nueva rama del Derecho: “El Derecho Procesal Constitucional” y “La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional”. A esta obra puede sumarse otros trabajos de Fix-Zamudio donde se desarrollan más extensa y profundamente sus primeros planteamientos realizados: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965* (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1968) e *Introducción al estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano* (Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, México, 1998). En nuestro país, es innegable reconocer a Domingo García Belaunde la herculiana tarea de haber introducido el estudio de esta nueva disciplina científica. En orden cronológico, la ubérrima producción bibliográfica de Domingo García Belaunde donde se da cuenta de los aportes de este autor a la consolidación de esta disciplina es: *El Hábeas Corpus Interpretado* (PUCP, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima, 1971), donde promisoriamente expresaba: “No sólo es necesario implementar esta acción [el hábeas corpus] en el texto político, sino proveer los cauces procesales adecuados que superen las deficiencias de la legislación actual y que contribuyan a crear un Derecho Procesal Constitucional como disciplina autónoma” (p. 21); “La jurisdicción constitucional en el Perú”, en *Revista de la Universidad Católica del Perú* (nueva serie), N° 3, mayo de 1978; “Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979”, en *Revista Derecho*, PUCP, N° 35, junio de 1981, pp. 65-82; *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001; *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, Fundap, México, 2004.

También en nuestro país, Víctor Julio Ortecho Villena manifiesta que tomó conocimiento de esta disciplina por la lectura de los libros de Néstor Pedro Sagüés sobre el *Derecho Procesal Constitucional*, y que fue en la cátedra sobre la materia en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, encargada a su persona donde desarrolló más extensamente esta asignatura. Asimismo, Ortecho Villena precisa que fue en un curso sobre “Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional” desarrollado paralelamente al III Congreso Nacional de Derecho Constitucional, realizado en Arequipa en el año 1991, donde se empezó a difundir esta disciplina en nuestro país.

José F. Palomino Manchego considera a su vez que en el Perú el conocimiento de esta disciplina vino extendida gracias a las obras de Domingo García Belaunde, siendo *El Hábeas Corpus en el Perú*, la primera obra donde se abordó esta temática.

Del mismo modo, el profesor Aníbal Quiroga León expresa que fue a partir de las obras de Domingo García Belaunde, en particular *El Hábeas Corpus Interpretado* y *El Hábeas Corpus en el Perú*, de donde tomó la fuente para el estudio de esta nueva disciplina jurídica. Igualmente este autor también abrevó en las fuentes del derecho comparado a través de las importantes obras de Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo* y Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*.

Finalmente, el profesor César San Martín Castro afirma que conoce la nueva disciplina del Derecho Procesal Constitucional por las discusiones existentes en la Pontificia Universidad Católica del Perú en la década del 90 sobre las garantías constitucionales.

En Portugal, el profesor Jorge Miranda afirma que las nociones sobre el Derecho Procesal Constitucional las adquirió entre 1967 y 1968 cuando preparaba su tesis “Contribución para una teoría de las inconstitucionalidades”.

Por último, en Uruguay, Eduardo Esteva Gallicchio manifiesta que en 1975 inició el conocimiento de esta nueva rama procesal gracias a las aportaciones de Eduardo Couture y Hans Kelsen sobre la jurisdicción constitucional. Afirma, del mismo modo, que fue él quien utilizó por primera vez esta denominación en el país oriental en su libro *Lecciones de introducción al Derecho Constitucional*, tomo I, Montevideo, 1984.

Por su parte, Héctor Gross Espiell expresa que conoció de esta disciplina a partir del año 1993 por la extendida difusión que de este *nomen iuris* se empezaba a efectuar en América Latina. No empuce, que según este autor, en Uruguay casi no se utiliza esta expresión, recuerda que Eduardo Esteva Gallicchio la usó en su obra *Lecciones de introducción al Derecho Constitucional*, donde dicho autor recordó la primigenia aportación de Eduardo Couture a esta joven disciplina científica.

4. La eclosión bibliográfica del derecho procesal constitucional.

Desde el establecimiento en Europa de la segunda generación de tribunales constitucionales³⁷, a partir de la segunda posguerra mundial, los estudios respecto a los instrumentos necesarios para la defensa de la Constitución han sido abundantes y de muy variado signo. En Europa, quizás por la ausencia en muchos ordenamientos de instrumentos de defensa subjetiva de

³⁷ Al respecto puede verse FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 29 y ss. Vid. también FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Prólogo de Héctor Fix-Zamudio, Fundap editores, México, 2002.

los derechos fundamentales o por la verificación solamente objetiva de la inconstitucionalidad de las leyes, insuflada por el esquema kelseniano de jurisdicción constitucional³⁸, el concepto de “proceso constitucional” no se desarrolló ampliamente, situación distinta a la ocurrida en América Latina, donde bajo la inspiración del modelo difuso americano de control de la constitucionalidad de las leyes, muchos países tuvieron desde un inicio un enfoque subjetivo de protección de los derechos, al punto de ser en uno de estos países donde surgió un proceso autónomo para la defensa de las posiciones subjetivas ius-fundamentales³⁹.

En este contexto, es ante la existencia de un proceso autónomo de defensa de los derechos fundamentales como el amparo mexicano, que la concepción de “proceso constitucional” como empresa donde se constituye un litigio sinalagmático en torno a posiciones subjetivas constitucionales, surge y se consolida en nuestro continente. Es justamente en México, donde bajo el influjo de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Héctor Fix-Zamudio planteará la construcción del amparo desde una óptica procesal. En su tesis para obtener la licenciatura (Cfr. *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (Ensayo de una estructuración procesal del Amparo)*, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1955) el maestro mexicano desarrollará la necesidad de verificar en el análisis del amparo una orientación también procesal de este instituto, pues éste constituía finalmente un “proceso” y los trabajos sobre su implicación procesal habían sido prácticamente nulos.

El pensamiento de Héctor Fix-Zamudio, así como la existencia en nuestra América mo-rena de procesos específicos de tutela de los derechos fundamentales, han hecho que en nuestro continente alcance esta nueva ciencia un rápido y exhaustivo desarrollo. Por ello es que, como veremos a continuación, con algunas contadas excepciones, la casi totalidad de la literatura jurídica producida con el *nomen iuris* de Derecho Procesal Constitucional, es decir que ha adoptado esta visión de las garantías constitucionales como “proceso”, provienen de América Latina⁴⁰.

Veamos en recorrido esquemático y acaso cinematográfico lo que en los últimos años se ha producido sobre el Derecho Procesal Constitucional, identificando sólo las obras propias con dicho título.

³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo: “¿Derecho Procesal Constitucional?”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Vol. IV, Estudio Monroy Abogados, Lima, Diciembre de 2001, pp. 401 y ss. Una excepción a esta regla quizás sea la incorporación temprana en España del juicio de amparo, el cual llegó a este país justamente por la divulgación que realizó el profesor mexicano Rodolfo Reyes a través de las siguientes obras: *El juicio de amparo de garantías en el derecho constitucional mexicano*, Establecimientos topográficos de Jaime Ratés, Madrid, 1916; *Ante el momento constitucional español. Ejemplos y experiencias americanas*, Compañía Iberoamericana de Publicaciones, Madrid, 1931; *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1934.

³⁹ Como ha explicado Héctor Fix-Zamudio, el modelo americano de protección incidental de los derechos fundamentales ha tenido una gran influencia en el surgimiento del proceso de amparo mexicano. Como ha indicado el maestro mexicano, es sabido que cuando Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero y los constituyentes mexicanos debatían la incorporación del amparo, todos ellos estaban muy influidos por el modelo americano de control de constitucionalidad de las leyes, difundido en el país azteca –y en la mayoría de los países latinoamericanos- gracias a la obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, cuya primera edición en español traducida por D. A. Sánchez de Bustamante y publicada en París en 1836 se conocería en tierras mexicanas al año siguiente y cuya primera reimpresión en México en el año de 1855 coincidiría con la convocatoria del Congreso Constituyente del cual emanó la Carta Federal de 1857, donde por primera vez este legendario instituto sería incorporado como un medio de protección por excelencia de los derechos fundamentales. (FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, 2ª edición, Porrúa-UNAM, México, 1999, p. 7).

⁴⁰ Una confirmación de este aserto lo encontramos con mayor detalle en el reciente trabajo de Domingo García Belaunde “El Derecho Procesal Constitucional en expansión (Crónica de un crecimiento)”, publicado una primera parte en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I, op. cit., pp. 659-686. El trabajo íntegro se encuentra en GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, op. cit., pp. 3-76.

a) Argentina:

- AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*. Adolfo Rivas (Director), Fernando M. Machado Pelloni (Coordinador), Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.
- AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, Pablo Luis Manili (Coordinador), Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005.
- AA.VV.: *Elementos de Derecho Procesal Constitucional*, 2 tomos, Editorial Advocatus, Córdoba, 2005.
- AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, Mario Masciotra (Director) y Enrique Carelli (Coordinador), Ad-hoc, Buenos Aires, 2006.
- Alcalá Zamora y Castillo, Niceto: *Ensayos de Derecho Procesal (Civil, Penal y Constitucional)*, Editorial Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944.
- Bazán, Víctor (Coordinador): *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, 2 volúmenes, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Forjadores del Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de Néstor Pedro Sagüés, 1ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- García Morelos, Gumesindo: *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de Domingo García Belaunde, Librería Editorial Platense, La Plata, 2007.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *Derecho Procesal Constitucional*, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1999.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- Manili, Pablo Luis (Director): *Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Argentino, Comparado y Transnacional*, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- Money, Alfredo E.: *Derecho Procesal Constitucional*, Ediciones de la Docta, Córdoba, 2002.
- Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*, 4 tomos, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.
- Sagüés, Néstor Pedro y Serra, María Mercedes: *Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1999.
- Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Prólogo de Julio B. J. Maier, Konrad-Adenauer-Stiftung – Adhoc, Buenos Aires, 2006.
- Sagüés, Néstor Pedro: *Compendio de derecho procesal constitucional*, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.

b) Bolivia:

- AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz, 2002.
- Baldivieso Guzmán, René: *Derecho Procesal Constitucional*, Industrias Gráficas Sirena,

Santa Cruz de la Sierra, 2006.

- Decker Morales, José: *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Alexander, Cochabamba, 2002.
- Rivera Santivañez, José Antonio: *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, 2007.

c) Colombia:

- García Belaunde, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2002.
- Henao Hidrón, Javier: *Derecho Procesal Constitucional. Protección de los derechos constitucionales*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 2006.
- Rey Cantor, Ernesto: *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Universidad Libre, Seccional Cali, 1994.
- Rey Cantor, Ernesto: *Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos Procesales*, Editorial Ciencia y Derecho, Bogotá, 2001.

d) Costa Rica:

- Hernández Valle, Rubén: *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª edición, Editorial Juricentro, San José, 2001.

e) Chile:

- Bordalí Salamanca, Andrés: *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, 2003.

f) Ecuador:

- AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, Pablo Pérez Tremps (Coordinador), Corporación Editora Nacional, Quito, 2005.

g) España:

- Almagro Nosete, José: *Constitución y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- Almagro Nosete, José y Saavedra Gallo, Pablo: *Lecciones de Derecho Procesal (laboral, contencioso-administrativo, constitucional)*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- Fairén Guillén, Víctor: *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, 3 tomos, Edersa, Madrid, 1992.
- Fernández Segado, Francisco: *La Justicia Constitucional. Una visión de Derecho Comparado*, 3 volúmenes, Dykinson, Madrid, 2009.

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Derecho Procesal Constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Prólogo de Jesús González Pérez, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2008.
- Garberí Llobregat, José: *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, 1ª edición, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2009.
- Gimeno Sendra, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.
- González Álvarez-Bugallal y Medina Rubio, Ricardo: *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2009.
- González Pérez, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1980.

h) México:

- AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, 4 tomos, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), 5ª edición, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación - Editorial Porrúa, México, 2006.
- AA.VV.: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como Investigador del Derecho*, XII tomos, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), Porrúa-Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008.
- AA.VV.: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como Investigador del Derecho. Homenaje Mexicano*, V tomos, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), Porrúa-Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008.
- AA.VV.: *Procesos Constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), Arturo, Porrúa-UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2007.
- AA.VV.: *La protección constitucional de los derechos fundamentales. Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), Porrúa-UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008.
- AA.VV.: *La protección orgánica de la Constitución. Memoria del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Edgar Danés (coords.), Porrúa-UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Congreso del Estado de Tamaulipas, México, 2010.
- AA.VV.: *Curso de Derecho Procesal Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Juan Manuel Acuña (coords.), Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2010.
- AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, Raymundo Gil Rendón (Coordinador), FUN-DAP, Querétaro, 2004.
- AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional. Coloquio internacional*, Germán Cisneros Farías (Coordinador), Universidad de Nuevo León, Monterrey, 2004.

- Escobar Fornos, Iván: *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005.
- Eto Cruz, Gerardo y Palomino Manchego, José F.: *El Pensamiento vivo de Héctor Fix Zamudio (Con especial referencia al Derecho Procesal Constitucional)*. UNAM, México, 2005; Primera reimpresión septiembre de 2005.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, 5ª edición, Porrúa, México, 2010.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2006.
- Fix-Zamudio, Héctor: *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, FUNDAP, Querétaro, 2002.
- García Belaunde, Domingo: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rodolfo Vega Hernández, Prólogo de José Palomino Manchego, 4ª edición, revisada, corregida y aumentada, Fundap, México, 2004.
- García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (Coordinadores): *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006.
- García Belaunde, Domingo: *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008.
- Hernández Valle, Rubén: *Introducción al derecho procesal constitucional*. Porrúa, Colección de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005.
- Landa Arroyo, César: *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2006.
- Zagrebelsky, Gustavo: *¿Derecho Procesal Constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*, Fundap, México, 2004.
- García Morelos, Gumesindo: *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, 2ª edición, Prólogo de Domingo García Balunde, Editorial Ubijus, México, 2009.

i) Nicaragua:

- Escobar Fornos, Iván: *Derecho Procesal Constitucional*, Hispamar, Managua, 1999.

j) Panamá:

- Barrios Gonzáles, Boris: *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª edición, Editorial Portobelo, Panamá, 2002.
- González Montenegro, Rigoberto: *Curso de Derecho Procesal Constitucional*, 2ª edición, Litho Editorial Chen, Panamá, 2003.
- Rodríguez Robles, Sebastián: *Derecho Procesal Constitucional panameño*, Universidad de Panamá, Panamá, 1993.

k) Perú:

- AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, Susana Castañeda Otsu (Coordinadora), Editorial El Jurista, Lima, 2003.
- AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, 2 vol., Susana Castañeda Otsu (Coordinadora), 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2004.
- AA.VV.: *Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Coordinador), Jurista Editores, Lima, 2005.
- AA.VV.: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, 2 tomos, José F. Palomino Manchego (Coordinador), Liminar de Luis Cervantes Liñán, 2ª edición, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Grijley e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2007.
- Abad Yupanqui, Samuel: *Derecho Procesal Constitucional. Antecedentes, desarrollos y desafíos en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- Eto Cruz, Gerardo: *Breve Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Impresiones Gráficas, Trujillo, 1992.
- Eto Cruz, Gerardo: *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional, Lima, 2009.
- Eto Cruz, Gerardo (Coordinador): *La sentencia constitucional en el Perú*, Centro de Estudios Constitucionales-Adrus, Lima, 2010.
- Eto Cruz, Gerardo (Coordinador): *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional, Lima, (en prensa).
- García Belaunde, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Universidad César Vallejo-Marsol, Trujillo, 1998.
- García Belaunde, Domingo: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004.
- García Belaunde, Domingo: *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Idemsa, Lima, 2009.
- Landa Arroyo, César: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra, Lima, 2003.
- Rodríguez Domínguez, Elvito: *Derecho Procesal Constitucional*, Editora Grijley, E.I.R.L., Lima, 1997.
- Rodríguez Domínguez, Elvito A.: *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, Grijley, Lima, 2006.
- Torres Toro, Alejandro: *Derecho Procesal Constitucional. Manual teórico-práctico*. Edit. Creamax, Trujillo, 2006.
- Zavaleta C, Wilver der: *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Manuel Cha Lu, Lima, 1997.

Como complemento de esta macisa producción bibliográfica puede observarse la iniciativa de la Editorial Porrúa y del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional de formar una colección de títulos sobre Derecho Procesal Constitucional y que ha sido denominada “Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional”, bajo la dirección de Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Esta serie está constituida a la fecha por sesenta y cinco obras, que en orden cronológico de publicación son las siguientes:

1. Sagüés, Nestor Pedro: *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, 107 pp.
2. Nogueira Alacalá, Humberto: *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, 303 pp.
3. Hesse, Konrad y Häberle, Peter: *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (Con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, traducción de Joaquín Brage Camazano, con estudio introductorio de J. Brage Camazano y prólogo de P. Häberle, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, 188 pp.
4. Gozáini, Osvaldo Alfredo: *Los problemas de la legitimación en los procesos constitucionales*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, 198 pp.
5. Brage Camazano, Joaquín: *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, 219 pp.
6. Hernández Valle, Rubén: *Introducción al derecho procesal constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, 185 pp.
7. Castro, Juventino: *El amparo social*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, 74 pp.
8. Pérez Tremps, Pablo: *Escritos sobre justicia constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, 171 pp.
9. Escobar Fornos, Iván: *Introducción al derecho procesal constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, 304 pp.
10. Celotto, Alfonso: *La Corte Constitucional en Italia (Para una mejor defensa de la Constitución en un sistema mixto de control de constitucionalidad de la normatividad infraconstitucional)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, 136 pp.
11. Carpizo, Jorge: *Propuesta sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, 110 pp.
12. Narváez Hernández, José Román: *Breve historia del ombudsman en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005, 114 pp.
13. Pegoraro, Lucio: *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006, 360 pp.
14. Olano García, Hernán Alejandro: *Interpretación y neoconstitucionalismo*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006, 236 pp.

15. Landa Arroyo, César: *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006, 236 pp.
16. Rolla, Giancarlo: *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006, 158 pp.
17. Mijangos y Gonzales, Javier: *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2007, 314 pp.
18. Cruz, Luis: *Estudios sobre neoconstitucionalismo*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2007, 139 pp.
19. Colombo Campbell, Juan: *El debido proceso constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2007.
20. Brewer-Carías, Allan: *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2007.
21. Carbonell, Miguel: *¿El tercero ausente? Escritos sobre el Poder Judicial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2007, 282 pp.
22. Castillo Córdova, Luis: *El tribunal constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, 328 pp.
23. Giacomette Ferrer, Ana: *La prueba en los procesos constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008.
24. García Belaunde, Domingo: *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, 327 pp.
25. Bárcena Zubieta, Arturo: *La prueba de irregularidades determinantes en el derecho electoral*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, 124 pp.
26. Rey Cantor, Ernesto: *Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, 283 pp.
27. Báez Silva, Carlos: *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, 187 pp.
28. Carpizo, Enrique: *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, 188 pp.
29. Matilla, Andry (comp.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901 – 2008)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, pp 643.
30. Fix-Zamudio, Hector y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, 161 pp.
31. Díaz Revorio, Francisco Javier: *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, 315 pp.
32. Otálora Malassis, Janine: *El control de la legalidad y de constitucionalidad en Francia*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, 132 pp.
33. Rangel Hernández, Laura: *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, 455 pp.

34. García Roca, Javier: *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, 155 pp.
35. Figueruelo Burrieza, Ángela: *Ensayos de justicia constitucional sobre derechos y libertades*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, 267 pp.
36. Cossío Díaz, José Ramón: *Constitución, democracia y jurisdicción electoral*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010, 294 pp.
37. Collí Ek, Víctor Manuel: *La magistratura Estatal*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010, 319 pp.
38. Vallefin A., Carlos: *El amparo en la Argentina: origen y trayectoria*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010, 198 pp.
39. Marjan Mavčič, Arne: *La justicia constitucional en Eslovenia*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
40. Del Rosario, Marcos, *La cláusula de supremacía constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
41. Nieto, Santiago, y De los Cobos, Carlos A.: *Introducción al estudio del juicio de revisión constitucional electoral: Una didáctica para principiantes*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
42. Atienza, Manuel y Vigo, Rodolfo: *Argumentación constitucional. Teoría y Práctica*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
43. Figueroa Mejía, Giovvani A.: *Las sentencias atípicas en el derecho comparado y en la jurisdicción constitucional mexicana*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
44. Díaz Revorio, Francisco Javier: *Las sentencias atípicas del tribunal constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
45. Landa, César: *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
46. Pablo L. Manili (Coordinador): *Marbury vs. Madison*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
47. García Belaunde, Belaunde (Coordinador): *En torno al derecho procesal constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
48. Bustillos, Julio: *El juez constitucional en el mundo. Perfil, carrera judicial, nombramiento, remuneración, desempeño y costos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011.
49. Brito Melgarejo, Rodrigo: *Diálogo entre tribunales constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
50. Tusseau, Guillaume: *Contra los “modelos” de jurisdicción constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.
51. Pizzorusso, Alessandro: *Justicia constitucional en perspectiva comparada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010.

52. Aguilar, Gonzalo *et al*: *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011.
53. Bustos Gisbert, Rafael: *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012.
54. Estrada Sámano, Rafael y Rafael Estrada Michel: *1857. Rabasa y otros ensayos de historia y control constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011.
55. Vásquez-Gómez Bisogno, Francisco: *La defensa del núcleo intangible de la Constitución*,
56. Eto Cruz, Gerardo: *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*,
57. Nieto, S., y L. Espíndola: *El juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano*,
58. Martins, Leonardo: *Derecho procesal constitucional alemán*,
59. Hernández Chong Cuy, María Amparo: *Suprema Corte y controversias constitucionales*,
60. Burbano Herrera, Clara: *Medidas provisionales en situaciones de vida o muerte*,
61. Niembro Ortega, Roberto, Luis Pomed Sánchez y Luis Alberto Trejo Osornio (coordinadores): *Jurisprudencia del tribunal constitucional español*,
62. Acuña, Juan Manuel: *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*,
63. Soberanes, José Luis: *Derechos humanos y su protección constitucional*,
64. Ragone, Sabrina: *El control judicial de la reforma constitucional*,
65. Núñez Leiva, José Ignacio: *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley*,

Un hito importante y que puede brindar una señal del estado actual de la ingente producción bibliográfica sobre el Derecho Procesal Constitucional, es la publicación recentísima del libro “*La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*”, obra en homenaje a don Héctor Fix-Zamudio con motivo de sus cincuenta años como investigador del derecho y que ha sido editado en 12 tomos, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y la Editorial Marcial Pons; y como consecuencia de cumplir sus 84 años en el reino de este mundo. Allí se han reunido un heterodoxo conjunto de conmlitones que, desde diversas vertientes disciplinarias, desarrollan la problemática contemporánea del Derecho Procesal Constitucional y que constituye un justo homenaje a quien bien puede ser calificado como el padre contemporáneo de esta disciplina⁴¹.

5. El desarrollo del derecho procesal constitucional en las cátedras, encuentros y agrupaciones académicas.

No cabe duda que nuestra disciplina desde el periodo de entreguerras en adelante ha tenido un desarrollo diacrónico, pero no con la identidad de su actual *nomen iuris* sino con otros

⁴¹ Sobre la semblanza y aportes de Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional puede verse ETO CRUZ, Gerardo y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinadores): *El Pensamiento vivo de Héctor Fix Zamudio (Con especial referencia al Derecho Procesal Constitucional)*. Grijley, Lima, 2005. Hay edición mexicana de la UNAM, México, 2005; Primera reimpresión septiembre de 2005, y edición de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Cuadernos del Rectorado, Lima, 2008.

términos que, a la postre, resultaban laxos o genéricos bajo los formatos, rótulos o etiquetas de control constitucional, justicia constitucional, jurisdicción constitucional, defensa de la constitución⁴², etc.

A toda esta compacta masa bibliográfica que amplía ya no el archipiélago, sino un oceánico mundo de conceptos propios, se suma la creación de cátedras, cursos o asignaturas de esta disciplina. América Latina tiene aquí un importante filón de aportes en los cursos de pre y posgrados que se viene impartiendo en Argentina, Colombia, Panamá, Perú y Costa Rica y lo más natural es que siga *in crescendo* y se extienda a los demás países de Latinoamérica.

Lo propio existen organizaciones académicas en cada país que agrupan a especialistas en la materia y en el plano supranacional destaca el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, cuya actual Junta Directiva la preside Néstor Pedro Sagüés⁴³.

Es más, esta entidad académica viene publicando la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional bajo la dirección de Eduardo Ferrer Mac Gregor, la misma que cuenta con una importante presencia de académicos de diversos países que forman parte del Consejo Editorial⁴⁴, lo propio como un Comité Consultivo, bajo la coordinación de Joaquín Brage Camazano⁴⁵.

Es más, este desarrollo se manifiesta a través de congresos nacionales sobre Derecho Procesal Constitucional que se llevan a cabo, entre otros países en Argentina, Chile, Perú, México. Así, en México por ejemplo se cuenta ya con un Tercer Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional⁴⁶. En el Perú, lo propio se ha desarrollado el Segundo Congreso de Derecho Pro-

⁴² GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pp. 5 y ss.

⁴³ La Junta Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional para el período 2006-2010 está constituida por Mauro Cappelletti+ y Héctor Fix-Zamudio (Presidentes Honorarios), Néstor Pedro Sagüés (Presidente), Domingo García Belaunde, Rubén Hernández Valle y Humberto Nogueira Alcalá (Vicepresidentes), Eloy Espinoza-Saldaña Barrera (Secretario de Asuntos Institucionales), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Secretario de Relaciones Académicas), José Antonio Rivera Santibáñez (Secretario de Coordinación y Programación) y Boris Barrios González, Eduardo Esteva Gallicchio, Francisco Fernández Segado, Osvaldo Alfredo Gozaini, Luis Lezcano Claude, Pablo Pérez Tremps y Ernesto Rey Cantor (Vocales).

⁴⁴ El Consejo Editorial de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional es presidido por Néstor Pedro Sagüés y sus integrantes son: Peter Häberle, Hans-Peter Schneider (Alemania); Roberto Berizonce, Germán Bidart Campos+, Osvaldo Alfredo Gozaini, Juan Carlos Hitters, Augusto Morello, Rodolfo Vigo (Argentina); José Rivera Santibáñez (Bolivia); Carlos Barbosa Moreira, Paulo Benavides, José Alfonso da Silva, Ada Pellegrini Grinover (Brasil); Humberto Nogueira Alcalá, Raúl Tavolari Oliveros (Chile); Ernesto Rey Cantor (Colombia); Rubén Hernández Valle (Costa Rica); Hernán Salgado Pesantes (Ecuador); José Almagro Nosete, Perfecto Andrés Ibáñez, Manuel Aragón Reyes, José Luis Cascajo Castro, Faustino Cordón Moreno, Francisco Fernández Segado, Vicente Gimeno Sendra, Jesús González Pérez, Javier Jiménez Campo, Luis López Guerra, Juan Montero Aroca, Andrés de la Oлива, Javier Pérez Royo, Pablo Pérez Tremps, Francisco Rubio Llorente, Pedro de Vega (España); Louis Favoreau + (Francia); Mario Aguirre Godoy, Jorge Mario García Laguardia (Guatemala); Mauro Cappelletti +, Luigi Ferrajoli, Luca Mezzetti, Lucio Pegoraro, Giancarlo Rolla, Giuseppe de Vergottini, Gustavo Zagrebelsky (Italia); Elisur Arteaga Nava, Jorge Carpizo, Juventino Castro, José Ramón Cossío, Sergio García Ramírez, Cipriano Gómez Lara+, Manuel González Oropeza, José de Jesús Gudiño Pelayo, Mario Melgar Adalid, José de Jesús Orozco Henríquez, José Ovalle Favela, José Luis Soberanes Fernández, Diego Valadés, Salvador Valencia Carmona, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México); Iván Escobar Fornos (Nicaragua); Arturo Hoyos (Panamá); Carlos Blancas Bustamante, Francisco Eguiguren Praeli, César Landa Arroyo, Valentín Paniagua Corza+, Marcial Rubio Correa (Perú); Krystian Komplik (Polonia); Héctor Gross Espiell (Uruguay); Carlos Ayala Corao, Allan Brewer Carías (Venezuela).

⁴⁵ Por su parte, el Comité Consultivo de la Revista se encuentra bajo la coordinación de Joaquín Brage Camazano y sus integrantes son: Gabriela Ávalos, Víctor Bazán, Raúl Gustavo Ferreira, Pablo Manili, María Sofía Sagüés (Argentina); Antonio Gidi (Brasil); Andrés Bordini Salamanca (Chile); Alexei Julio Estrada, Diego López Medina, Hernán Olan García, Néstor Osuna Patiño (Colombia); Ignacio Díez-Picazo Giménez, José Julio Fernández Rodríguez, Ángela Figueruelo Burrieza, Pablo Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, Víctor Moreno Catena, Joan Oliver Araujo, Miguel Revenga Sánchez, Fernando Rey Martínez, Pedro Serna, Javier Tajadura Tejada (España); Alfonso Celotto, Tania Groppi (Italia); César Astudillo, José Antonio Caballero Juárez, Miguel Carbonell, Hugo Concha, Edgar Corzo Sosa, Macarita Elizondo Gasperín, Héctor Fix Fierro, Gumesindo García Morelos, Sergio López Ayllón, Carlos Natarén, Salvador Nava Gomar, Alberto Said, Rubén Sánchez Gil, José María Serna de la Garza, Fernando Silva García (México); Boris Barrios González (Panamá); Luis Lezcano Claude (Paraguay); Edgar Carpio Marcos, Eloy Espinosa-Saldaña, Gerardo Eto Cruz, Carlos Hakansson Nieto, José F. Palomino Manchego, Elvito Rodríguez Domínguez (Perú); Eduardo Esteva Gallicchio (Uruguay); Alberto Baumeister Toledo, Jesús Casal (Venezuela).

⁴⁶ El Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional se desarrolló en la ciudad de Monterrey – Nuevo León, los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2005 y fue organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Sobre dicho Congreso se ha publicado *Procesos Constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas

cesal Constitucional organizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Sección Peruana y la Universidad Peruana Los Andes⁴⁷.

Es importante resaltar aquí que, en nuestro país, en la ciudad de Lima, entre los días 16 y 19 de septiembre del 2009, se ha llevado a cabo, con gran suceso, el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, organizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Tribunal Constitucional del Perú; donde a pesar del rótulo de este Congreso, los temas sobre Derecho Procesal Constitucional encontraron, sin duda, un rol estelar⁴⁸. Sobre este Congreso Iberoamericano, el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú ha publicado recientemente la *Crónica del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*.

Igualmente existe con mayor institucionalidad la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional que con nombre homólogo corresponde a nuestra disciplina y cuyo evento último fue la Octava Conferencia realizada en Managua en Julio de 2010, cuyo eje temático tratado fue “Jurisdicción Constitucional y Derechos Económicos y Sociales”⁴⁹.

Finalmente, puede considerarse como un hito histórico en lo que se ha denominado como la “marcha triunfal de la justicia constitucional” o la conformación de un Derecho Constitucional de carácter cosmopolita, la reciente realización de dos Congresos Mundiales de Justicia Constitucional. El primero de ellos se realizó en Ciudad del Cabo (Sudáfrica) y fue organizado por la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Comisión de Venecia, el 23 y el 24 de enero de 2009, teniendo como título del evento “La justicia constitucional influyente: su influencia en la

de la UNAM, México, 2007. Por su parte, el II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, denominado “*La protección constitucional de los derechos fundamentales*”, se realizó en México, del 29 de mayo al 1º de junio de 2007 y fue organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Fundación Konrad Adenauer Stiftung y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Asimismo, el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, denominado “*Sobre la protección orgánica de la Constitución*”, se llevó a cabo en la ciudad de victoria – Tamaulipas, los días 2 y 3 de octubre de 2009 y fue organizado por el Gobierno del Estado de Tamaulipas, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Universidad Autónoma de Tamaulipas a través de la Unidad Académica de Derecho y Ciencias Sociales y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. El IV Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional se llevará a cabo en el año 2011.

⁴⁷ El Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional denominado “*Germán J. Bidart Campos*” se realizó en la ciudad de Huancayo entre los días 18 y 20 de noviembre de 2004 y fue organizado por la Universidad Los Andes de Huancayo. Del mismo modo, el Segundo Congreso Nacional de Derecho Constitucional, denominado “*Héctor Fix-Zamudio*” se realizó en la ciudad de Huancayo, entre el 24 y 26 de mayo de 2007. La crónica de este Segundo Congreso realizada por el profesor Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio está reseñada en la *Revista Peruana de Derecho Público*, Nº 15, Lima, julio-diciembre 2007, pp. 149 y ss; igualmente en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 8, julio-diciembre de 2007, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2007, pp. 581-585. Las ponencias de este Congreso se han publicado recientemente en la *Revista de Derecho Quod Dictum Est*, Año 2, Nº 2, Huancayo 2008.

⁴⁸ *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2 tomos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, IDEMSA, Lima, 2009.

⁴⁹ Las versiones anteriores de esta Conferencia Iberoamericana son: La Primera Conferencia que se realizó en octubre de 1995 en Lisboa, donde se trató el tema de “*La organización, funciones, procedimientos y competencias de los Tribunales Constitucionales*”. La Segunda Conferencia se llevó a cabo en Madrid en el mes de enero de 1998, y en la misma se abordó el tema del “*Acceso a la Justicia Constitucional*”. En noviembre de 1999 en Guatemala se realizó la Tercera Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, la misma que giró sobre la problemática de “*La Inconstitucionalidad de las leyes*”. En Sevilla, en octubre de 2005 se llevó a cabo la Cuarta Conferencia donde las sesiones estuvieron dedicadas a analizar las siguientes cuestiones: “*Jurisdicción Constitucional y Control de la Ley. Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria. Jurisdicción Constitucional y Jurisdicciones Internacionales. Jurisdicción Constitucional y defensa de los Derechos Fundamentales*”. La Quinta Conferencia de Justicia Constitucional se llevó a cabo en Santiago de Chile en octubre de 2006 y el tema tratado fue el “*El juez constitucional*”. En Cartagena de Indias, en noviembre de 2007 se realizó la Sexta Conferencia donde el tema monográfico tratado fue “*Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción ordinaria. Control de constitucionalidad de las decisiones judiciales*”. Por último, la Séptima Conferencia de Justicia Constitucional, se desarrolló en Mérida, en abril de 2009, cuyo tema fue “*Los métodos interpretativos de los tribunales constitucionales iberoamericanos*”, y cuyas ponencias han sido publicadas bajo el título *Los métodos interpretativos de la jurisdicción constitucional*. Puede verificarse esta información en www.cijc.org.

sociedad y en el establecimiento de una jurisprudencia mundial sobre derechos humanos". Esta primera conferencia mundial tuvo la oportunidad de reunir por vez primera a representantes de tribunales, cortes o salas constitucionales de distintos grupos regionales, incorporando a países árabes, de África Meridional, de Asia, de la Commonwealth, de Europa, de los países de lengua francesa, de los países iberoamericanos, así como países de democracias nuevas. A esta experiencia se ha sumado la Segunda Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, realizada en la ciudad de Río de Janeiro (Brasil), organizada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Comisión de Venecia, los días 16, 17 y 18 de enero de 2011, llevando por título "La separación de poderes y los tribunales constitucionales" y que ha culminado con la gestación del Proyecto del Estatuto de la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional. A partir de estos dos encuentros se puede ver en perspectiva, que la rica jurisprudencia de los diversos tribunales, salas o cortes constitucionales viene permitiendo una confluencia no sólo en la solución de los problemas del quehacer jurisdiccional, sino en la formación de una justicia constitucional cosmopolita, que a su vez retroalimenta a los tribunales entre sí. Prueba de ello es la Tercera Conferencia que habrá de realizarse en Corea del Sur, bajo los auspicios de su tribunal constitucional; todo lo cual permite señalar, sin lugar a dudas, que esta Conferencia Mundial tiene ya una institucionalidad que se proyecta en el tiempo.

6. La contribución de los tribunales constitucionales al desarrollo del derecho procesal constitucional.

Es probable que uno de los factores que ha desencadenado en permanente cascada la consolidación de nuestra disciplina sea la actual presencia de los tribunales constitucionales en su versión de tribunales autónomos o salas especializadas o adscritas al Poder Judicial⁵⁰, y que a través de sus fallos han aportado al fortalecimiento de la actual construcción contemporánea de los Estados constitucionales⁵¹, caracterizados por la protección efectiva de los derechos fundamentales⁵² y de la supremacía constitucional a través de instrumentos concretos de tutela y defensa de los mismos.

En este contexto, los tribunales constitucionales a nivel mundial no sólo han aportado a la concreción sustantiva de los contenidos que la Constitución recoge; es decir a la interpretación de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales⁵³; sino también han ingresado de manera muy vigorosa a conceptualizar, interpretar, integrar, concretizar y aún a crear instituciones de carácter procesal⁵⁴, justamente para la defensa de dichos contenidos sus-

⁵⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, op. cit. 65-86.

⁵¹ HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Estudio Introductorio de Diego Valadés, UNAM, México, 2003.

⁵² GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antonio; MORENILLA ALLARD, Pablo y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 2007.

⁵³ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 217 y ss.

⁵⁴ Como ha indicado con perspicacia Néstor Pedro Sagüés, "con frecuencia, el conjunto de sus normas formales [del Derecho Procesal Constitucional] (derecho positivo expedido según el ordenamiento formal en vigor) es bastante reducido, mientras que el sector de las reglas del derecho informal (derecho consuetudinario procesal constitucional, derecho repentino), es abundante. Las prácticas judiciales, las normas emergentes de los pronunciamientos judiciales (en particular, de una Corte Suprema) van delineando, en verdad, la mayor parte del aparato normativo de esta materia. Bien puede decirse que, en muchos de sus tramos, el derecho procesal constitucional de un país latinoamericano se parece a un pedazo de *common law* anglosajón más que a un derecho legislado al estilo europeo continental. Y ello obliga, desde luego, a un esfuerzo especial para estudiantes y abogados: entender a la materia, no en sintonía de "código", sino auscultando las reglas que lentamente emergen (y cambian) principalmente de las resoluciones y usos tribunales. En tal quehacer, el interesado en saber qué es el derecho procesal constitucional de un Estado difícilmente hallará las respuestas normativas en el escaso listado de preceptos formales que podrá obtener: en cambio, tendrá que rastrearlo en los repertorios jurisprudenciales y en los usos y costumbres no escritos, decisivos para acceder cabalmente a la disciplina". (Cfr. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, op. cit., p. 24).

tantivos⁵⁵. Esta actividad de los colegiados constitucionales, no exenta de críticas⁵⁶, se ha sustentado en argumentos de distinto grado: desde una delegación amplia del legislador en el tribunal para la configuración de su actuación procesal, hasta la necesidad de que el derecho procesal sea *dúctil* en función a las distintas concreciones que la efectividad de los derechos fundamentales y la protección de la supremacía constitucional vayan requiriendo en cada caso⁵⁷.

Este último argumento pone a los tribunales constitucionales en una posición de privilegio, pues son los jueces quienes en el ejercicio diario de su actividad jurisdiccional conocen de las necesidades de adaptación o creación del derecho procesal. Por otro lado, la posición de intérpretes supremos de la Constitución y su rol como guardianes de su jerarquía normativa y de los derechos fundamentales⁵⁸, lleva a los tribunales a cumplir una intensa actividad en pos del perfeccionamiento del ordenamiento procesal que les sirve de sustento y coloca a las concreciones procesales que realizan en una posición central dentro del sistema de fuentes⁵⁹, pues sus resoluciones son, aún en el caso de procesos de control concreto y en virtud de su función *nomofiláctica* (mediante las técnicas del precedente vinculante y del estado de cosas inconstitucional) de alcance general y de cumplimiento obligatorio⁶⁰. Esto ha llevado a muchos tribunales constitucionales –entre ellos al Tribunal Constitucional peruano– a utilizar el concepto acuñado por la doctrina alemana de “*autonomía procesal*”⁶¹ y a considerar al tribunal como “*señor del proceso*”⁶².

⁵⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004.

⁵⁶ En nuestro país, estas críticas han sido dirigidas desde importantes sectores tanto de la doctrina constitucional como de la procesal. Vid. MONROY GÁLVEZ, Juan: “La autonomía procesal y el Tribunal Constitucional: apuntes sobre una relación inventada”, en Revista *Themis*, N° 55, 2008; GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El amparo contra amparo” (Entrevista formulada por Luis Sáenz Dávalos), en AA.VV.: *El Amparo contra Amparo y el Recurso de Agravio a favor del Precedente*, Luis Sáenz Dávalos (Coordinador), Cuadernos de Análisis y Crítica de la Jurisprudencia Constitucional N° 3, Palestra, Lima, 2007, pp. 285. La misma entrevista también en GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, op. cit., pp. 311 y 312. Vid. también la crítica realizada recientemente por ABAD YUPANQUI, Samuel: “La creación jurisprudencial de normas procesales: la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional. Un análisis preliminar”, en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de doctrina y jurisprudencia*, Vol. XXX, Palestra, Lima, junio de 2008, pp. 138-148.

⁵⁷ RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia: *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. Thomson –Civitas, Madrid, 2003, pp. 111-128.

⁵⁸ Como ha dicho Patricia Rodríguez Patrón, uno de los fundamentos de la “autonomía procesal” de los tribunales constitucionales es la necesidad de los mismos de defender su posición constitucional como intérpretes supremos constitucionales y su funcionalidad frente a otros órganos como el Poder Legislativo. (Cfr. RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia: *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. op. cit., pp. 124-128).

⁵⁹ A favor de la posición de considerar a las resoluciones de los tribunales constitucionales como fuente preeminente del derecho, en particular para el caso de las decisiones de la Corte Constitucional en materia procesal, vid. PEGORARO, Lucio y BAGNI, Silvia: “Las resoluciones de la Corte Constitucional en materia procesal ¿Son fuentes normativas del proceso constitucional?”, en *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006; el mismo ensayo en AA.VV.: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, op. cit., pp. 1283-1306.

⁶⁰ Sobre el precedente vinculante puede verse en nuestro país a AA.VV.: *Estudios al Precedente Constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores); Palestra, Lima, 2007; CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis: *El precedente judicial y el precedente constitucional*, ARA Editores, Lima, 2008; TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny: *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Presentación de Gerardo Eto Cruz y Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Adrug, Arequipa, 2009; y CASTAÑEDA OTSU, Susana (Directora) y VELEZMORO, Fernando (Coordinador): *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Grijley, Lima, 2010. A nivel comparado puede verse GASCÓN ABELLÁN, Marina: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993; ITURRALDE SESMA, Victoria: *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995; MAGALONI KERPEL, Ana Laura: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mc Graw Hill, Madrid, 2001; MORAL SORIANO, Leonor: *El Precedente Judicial*, Prólogo de Zenon Bankowski y Neil McCormick, Marcial Pons – Ediciones jurídicas y sociales, Madrid - Barcelona, 2002; TARAZONA NAVAS, Julio Alberto: *El imperio de la Constitución y del precedente constitucional*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2007. Sobre el “estado de cosas inconstitucional” vid. LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: “Acerca de la dimensión colectiva en la protección de los derechos sociales. Las recetas de la justicia constitucional y el rol de la política”, en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 111, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010; VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés: “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional””, en *Estudios Constitucionales*, Año 1/vol. 1, número 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2003, p. 207 y ss.

⁶¹ En nuestro país, la autonomía procesal del Tribunal Constitucional ha sido defendida por César Landa Arroyo. Vid. “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”, en *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Año II, N° 4, julio-diciembre, Lima, 2006, pp. 63-95; LEÓN VÁSQUEZ, Jorge: “El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal”, en *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Año II, N° 4, julio-diciembre, Lima, 2006, pp. 29-61; MENDOZA ESCALANTE,

Sin embargo, más allá de la polémica que dicha cualificación genera y del concepto de autonomía procesal, como concepto que sustenta la actividad de los tribunales constitucionales de integración del derecho procesal constitucional; no cabe duda que dicha actividad de los colegiados constitucionales refleja dos datos de gran trascendencia para entender la actual caracterización del Derecho Procesal Constitucional: en primer lugar, la competencia asumida por los órganos jurisdiccionales para la producción de normas procesales. Dicha competencia, aunque criticada, no es sino la expresión de otra potestad más amplia que constituye un dato incontable en los sistemas jurídicos contemporáneos: la creación judicial del derecho⁶³, consolidada acaso por la existencia inexorable de lagunas en el sistema normativo⁶⁴, como por la presencia de una producción jurídica desbocada⁶⁵ generada por un “legislador motorizado”⁶⁶, que ocasiona, como recientemente se ha señalado, un desconcierto no sólo en los ciudadanos, sino también en los juristas⁶⁷, y que deja a los jueces en un papel central en la reconstrucción de la unidad y coherencia del sistema jurídico; y cuya máxima expresión pueda estar viviéndose en nuestros tiempos, donde el constitucionalismo ha forjado un nuevo modelo de comprensión del Derecho, que ha abandonado el clásico método subsuntivo-aplicativo de las normas jurídicas por un modelo de argumentación ponderativo acorde con el carácter abierto de los principios, directrices, valores y derechos fundamentales que la Constitución contiene y que reclaman ser directamente aplicables por los jueces en los casos concretos⁶⁸.

En segundo lugar, la *ductilidad* que debe poseer y que de hecho posee el ordenamiento procesal constitucional. Partiendo del carácter instrumental y finalista del derecho procesal, dada la importante valencia de los bienes jurídicos tutelados en este tipo de procesos, las normas procesales constitucionales están sujetas a un constante reacomodo que permita la efectiva protección de los mismos, tarea llevada a cabo, la mayor cantidad de las veces, por los jueces, quienes muchas veces para lograr una adecuada protección de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional deben adecuar y recrear el ordenamiento procesal vigente e incluso, en algunos supuestos, fallar en contra de las normas procesales, aún cuando éstas tengan, como se sabe, el carácter de normas de orden público. En nuestro ordenamiento, dicha maleabilidad está expresada, además, en los principios procesales que regulan a los procesos constitucionales y que han sido recogidos en el art. III del TP del C.P.Const., y que revelan en grado sumo la ductilidad expresada: el principio *pro actione*, la adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, la economía procesal, el impulso procesal de oficio y la socialización de proceso⁶⁹.

Mijail: “La autonomía procesal constitucional”, en *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Año II, Nº 4, julio-diciembre, Lima, 2006, pp. 97-129.

⁶² RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia: *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*. op. cit., pp. 34.

⁶³ Sobre el carácter actual de creación judicial del derecho la literatura es abundante y puede consultarse ampliamente la bibliografía seleccionada en los acápites sobre “Interpretación constitucional” y “Filosofía y teoría del derecho” en la bibliografía del presente libro. Sin embargo, a modo de importante referencia pueden verse los trabajos específicos de PRIETO SANCHÍS, Luis: *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2007. WOBRELSKY, Jerzy: “Creación del derecho e interpretación”, en *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. Carrió*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 477 y ss.; RUIZ MIGUEL, Carlos: “Sobre la creación judicial del Derecho”, en *Revista del Poder Judicial*, Nº 16, Madrid, septiembre de 1985, p. 52 y ss.

⁶⁴ ATRIA, Fernando: *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

⁶⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Epílogo de Gregorio Peces-Barba, 2ª edición, Trotta, Madrid, 1997.

⁶⁷ PALAZZO, Eugenio Luis: *Las fuentes del derecho en el desconcierto de juristas y ciudadanos*, Dunken Edit., Buenos Aires, 2004, pp. 17 y ss.

⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2007, pp. 12.

⁶⁹ Sobre los principios procesales recogidos en el Código Procesal Constitucional vid. ETO CRUZ, Gerardo y PALOMINO MANCHEGO, José F.: “En tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su íter legislativo y sus principios procesales”, en AA.VV.: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, Tomo I, José F. Palomino Manchego (Coordinador), Liminar de Luis Cervantes Liñán, 2ª edición, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Grijley e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2007, pp. 292-308. Vid. también: ESPINOZA ZEVALLOS, Rodolfo José: “Los

Si bien, la creación judicial del derecho procesal y la ductilidad de su regulación y aplicación son signos de la actual relevancia que tienen los tribunales constitucionales en el perfeccionamiento del Derecho Procesal Constitucional, no debemos olvidar que esta actividad fue asumida desde hace mucho tiempo por la Suprema Corte de los Estados Unidos y por otros tribunales supremos o salas constitucionales, cuyos aportes dado el carácter expansivo y ecuménico de la justicia constitucional⁷⁰, han sido incorporados a la mayoría de ordenamientos jurídicos a nivel mundial. Huelga decir, por ejemplo, que el modelo mismo de jurisdicción constitucional concreto o difuso fue una creación pretoriana de la Suprema Corte de Estados Unidos, bajo la impronta del *Chief Justice* John Marshall, quien en el caso *Marbury vs. Madison*, sin que la Constitución Federal de 1787 lo hubiera establecido expresamente, sentó la posibilidad de que los jueces examinaran la constitucionalidad de las leyes⁷¹.

No menos importante ha sido la introducción en la Argentina del proceso de amparo, a través de las decisiones tomadas por la Corte Suprema argentina en los casos *Ángel Siri* (1957) y *Samuel Kot* (1958)⁷². Aquí, del mismo modo, sin que la Constitución argentina lo previera, la Corte Suprema introdujo el proceso de amparo para la protección de los derechos fundamentales. Siguiendo en nuestro continente, la Corte Constitucional colombiana a partir de la Sentencia de Unificación N.º 559/1997 ha establecido la técnica del “*estado de cosas inconstitucionales*”, institución procesal de vanguardia y que se deriva de lo que la doctrina ha denominado las sentencias con *efectos más allá de las partes*, y que pretende que la vulneración sistemática de los derechos fundamentales sea remediada mediante una sentencia dictada en un caso particular, pero cuya *vis expansiva* puede alcanzar a casos homólogos, en la inteligencia que los mismos se sustentan en el mismo agravio constitucional que el caso examinado⁷³.

En el continente europeo, los tribunales constitucionales también han aportado de manera sustancial al perfeccionamiento y/o creación del ordenamiento procesal establecido para la regulación de los procesos constitucionales. Así tenemos por ejemplo que en Francia, con la célebre decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional francés amplió el parámetro de control de constitucionalidad de las leyes. Desde dicha decisión el control previo de constitucionalidad de las leyes ejercido por el Consejo no sólo tenía como canon de control al texto de la Constitución de 1958, sino que incluyó dentro de dicho parámetro al Preámbulo de la Constitución de 1958 y a los demás “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. Esta ampliación del canon llevó a la construcción del concepto de “*bloque de constitucionalidad*”, que ha devenido tan importante en la actuación de todos los tribunales constitucionales a nivel mundial que se encargan del control concentrado de constitucionalidad de las leyes⁷⁴.

principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional peruano (Art. III del T.P.)”, en AA.VV.: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, op. cit., pp. 375 y ss.

⁷⁰ Häberle ha hablado de la “marcha triunfal de la jurisdicción constitucional”. (Cfr. *El Estado Constitucional*, op. cit., pp. 129 y ss.).

⁷¹ Sobre el genio de Marshall y la creación de la *judicial review* vid. ETO CRUZ, Gerardo: “John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*”, en AA.VV.: *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), 4ª edición, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación - Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 37 y ss.; también publicado en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Pablo Luis Manili (Director), Editorial La Ley, Buenos Aires, pp. 189 y ss. Otro estudio más reciente puede verse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio (Compiladores): *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª edición, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pp. 87 y ss. Vid. también el colectivo *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*, David Cienfuegos Salgado (Coordinador), El Colegio de Guerrero – Editora Laguna, México, 2005.

⁷² Uno de los trabajos pioneros sobre las sentencias de Samuel Kot y Ángel Siri puede verse en HOUSSAY, Abel: *Amparo judicial. El caso Kot y su implicancia en la jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1961.

⁷³ Sobre las sentencias con efectos más allá de las partes vid. CARPI, Federico: *La eficacia “ultra partes” de la sentencia civil*, Biblioteca de Derecho Procesal N.º 4, Palestra, Lima, 2007. En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha incorporado el instituto procesal del *estado de cosas inconstitucionales* desde el caso *Julia Arellano Serquén*, en la STC 2579-2003-HD/TC, en cuyos fundamentos 18 a 22, adoptó esta técnica establecida por la Corte Constitucional colombiana.

⁷⁴ Aunque la decisión de 1971 es la más conocida y destacada sobre el tema, debe anotarse que en sentencia de 19 de junio de 1970 el Consejo Constitucional francés ya había tomado en cuenta el Preámbulo de la Constitución de 1958. En 1973, al adoptar las de-

En el caso de Italia, la Corte Constitucional ha dado gran profundidad y alcance a lo que se denomina las “sentencias constitucionales atípicas”. A partir de la distinción entre disposición y norma formulada en parte por la doctrina italiana⁷⁵, la Corte Constitucional ha creado una amplia tipificación de las sentencias dictadas en los procesos de control abstracto de las normas. Sentencias aditivas, reductoras, sustitutivas, exhortativas, son categorías que ha desarrollado de manera muy profusa la Corte Constitucional italiana⁷⁶.

En nuestro país, solo de manera enunciativa podemos citar como instituciones procesales creadas jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional a la tipología de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad introducida, como ya dijimos, en el caso de la legislación antiterrorista a través de la STC 010-2002-AI/TC. Dicha tipología sería afinada posteriormente en la STC 0004-2004-CC/TC. El TC también estableció normas procesales concretas en el caso de la adecuación de los procesos de amparo a procesos contencioso-administrativo, por medio de la STC 1417-2005-PA/TC. Por su parte, en la STC 0168-2005-PC/TC, el TC estableció los requisitos del *mandamus* para la procedencia del proceso de cumplimiento. En igual sentido, en la STC 020-2005-AI/TC, el TC desarrolló la figura del litisconsorte facultativo en los procesos de inconstitucionalidad; y en la Resolución de Admisibilidad del Exp. N^o 0025-2005-PI y 0026-2005-PI (Acumulados) la figura probablemente discutible del “partícipe” como nuevo sujeto procesal en los procesos de inconstitucionalidad. Del mismo modo, en el Exp. 3081-2007-PA/TC introdujo la figura del *amicus curiae*. A su vez, el TC ha desarrollado ampliamente los supuestos de procedencia del recurso de agravio constitucional en las STCs 2877-2005-HC/TC, 4853-2004-AA/TC y 0168-2007-Q. Algunos de estos supuestos han sido, a su vez, modificados por la STC 3908-2007-PA/TC y la STC 2663-2009-PHC/TC. En la misma STC 4853-2004-AA/TC, reguló los supuestos de procedencia del amparo contra amparo, a los cuales se ha agregado recientemente un nuevo supuesto en el caso del amparo laboral, mediante la STC 4650-2007-PA/TC. Finalmente también podemos citar el desarrollo del proceso competencial, a través de la inclusión de la omisión de cumplimiento de acto obligatorio y menoscabo de atribuciones constitucionales en las STCs 0005-2005-CC/TC y 0006-2006-PC/TC; y mucho más reciente, el TC peruano ha desarrollado los supuestos de configuración de la inconstitucionalidad por omisión y la adecuación del proceso de cumplimiento para su dilucidación en la STC 5427-2009-PC/TC⁷⁷.

ciones del 28 de noviembre y 27 de diciembre, el Consejo se apoyó en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789; y mediante decisión de 15 de enero de 1975 confrontó una ley sobre aborto con el Preámbulo de la Constitución de 1946. Sobre el bloque de constitucionalidad y su origen en Francia ver FAVOREAU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco: *El bloque de constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991; MANILI, Pablo Luis: *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 283-301.

⁷⁵ La distinción entre disposición y norma fue realizada inicialmente por Vezio Crisafulli, en su artículo “Disposizione (e norma)”, en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964. Esta diferenciación conceptual ha sido desarrollada ampliamente en Italia, siendo uno de sus propulsores principales Riccardo Guastini; vid. su trabajo *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM, México, 1999, pp. 11 y ss.

⁷⁶ Al respecto ver MARTÍN DE LA VEGA, Augusto: *La sentencia constitucional en Italia: Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. En nuestro país, el Tribunal Constitucional en el caso de la legislación antiterrorista, a través de la STC 010-2002-AI/TC, publicada el 04 de enero de 2003, incorporó en nuestro ordenamiento jurídico la figura de las “sentencias interpretativas”. Posteriormente en la STC 0004-2004-CC/TC, el Tribunal ha definido detenidamente la tipología de las sentencias atípicas.

⁷⁷ Un análisis pormenorizado de estas creaciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional peruano en materia procesal puede verse en MENDOZA ESCALANTE, Mijail: “La autonomía procesal constitucional”, en *Revista de Derecho Quod Dictum Est*, Año 2, N^o 2, Huancayo 2008, pp. 221-251. Vid. también el reciente artículo de EGUIGUREN PRAELI, Francisco: “Innovaciones recientes introducidas por el Tribunal Constitucional peruano en materia procesal constitucional”, en *Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, T II, Editorial Adrus, Arequipa, 2008, pp. 311 y ss.

II PARTE

El Derecho Procesal Constitucional Desde La Jurisprudencial Del Tribunal Constitucional.

Iniciamos aquí un extenso recorrido en torno a lo que el Tribunal Constitucional peruano ha venido desarrollando sobre diversos conceptos, principios y categorías que involucran una triarquía indesligable: teoría constitucional (derecho constitucional general), teoría general de los derechos humanos (los derechos fundamentales) y derecho procesal constitucional.

A partir de esta visión tridimensional vamos a ubicar de manera progresiva los distintos meandros conceptuales en los que el Tribunal Constitucional ha contribuido al desarrollo y construcción no sólo de algunos institutos procesales, sino a la elaboración teórica y conceptual de la ciencia del Derecho Procesal Constitucional en su conjunto, definiéndolo fundamentalmente como un Derecho dúctil, y de naturaleza básicamente instrumental, cuyo fin es concretizar a través de los procesos constitucionales (de carácter plural) los valores, principios y derechos que la Constitución encarna. No está de más poner en relieve que si bien el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando distintos conceptos y categorías del derecho procesal constitucional casi desde su instauración, este desarrollo se ha venido consolidando con más fuerza a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional, desde el 01 de diciembre de 2004.

I. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

I. Constitución

a) *Noción de Constitución.*

Como quiera que es de rigor comprender nuestra disciplina a partir de una idea mínima de lo que es la Constitución dentro del interminable debate teórico sobre sus diversas concepciones políticas y jurídicas que subyacen en torno a ella; esto es, más allá de las diversas dimensiones en torno a esta norma jurídica suprema, interesa aquí abordar la noción que ha señalado el Colegiado Constitucional peruano:

“la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución)”⁷⁸.

⁷⁸ STC 0020-2005-PI y 0021-2005-PI, FJ. 19.

Complemento de esta descripción conceptual el TC en intermitentes fallos igualmente ha señalado que:

“La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51º), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º) o de la colectividad en general (artículo 38º) puede vulnerarla válidamente”⁷⁹.

“La Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un to-tus social en el que subyace la igualdad”⁸⁰.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha penetrado en su escapelo jurisprudencial encarando la doble naturaleza de lo que hoy es una Constitución no solo como norma política y que constituye el viejo concepto político de Constitución; sino también el reconocimiento de que ella es norma jurídica fundamental y fundamentadora de un sistema jurídico. Veamos:

“La Constitución es una norma jurídico-política sui generis. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir.

Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, prima facie, una norma política. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.

La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad

⁷⁹ STC 5854-2005-PA, FJ 5 y 6.

⁸⁰ STC 00030-2005-PI, FJ 19 *in fine*.

constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto⁸¹.

b) La Constitución como norma fundadora del sistema jurídico y del sistema político.

El TC, autopercebido su rol como un intérprete funcional de la Constitución, ha enfatizado el doble carácter de norma fundamental y fundadora que ostenta la Constitución, tanto en su proyección sobre el sistema jurídico, como en su ligazón esencial con el sistema político. Veamos:

“El Tribunal Constitucional, dada su condición de supremo intérprete de la Norma Fundamental, sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución. Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político democrático. [En tal sentido, se proclama] la dualidad jurídico-política de la Norma Suprema. Por lo tanto, la Constitución no solamente es una norma de rasgo eminentemente jurídico, sino que el fortalecimiento del régimen democrático irá condicionando su validez y eficacia”⁸².

c) La Constitución como emotio.

En esta línea se podrá descubrir también que el Tribunal Constitucional no solo ha entendido como diría don Manuel García Pelayo que la Constitución es de naturaleza racional; sino también que ella supone una vivencia de un sentimiento constitucional emotivo. Es decir:

“La Constitución no sólo es ratio, sino también emotio. Esto quiere decir que, si bien las Constituciones democráticas han presupuesto personas racionales y dispuestas a hacer armonizar sus legítimos intereses con los de los demás, no podemos negar esa dimensión emocional o “irracional” que es también inherente a su naturaleza. Es precisamente en atención a esta dimensión emocional que la Constitución reconoce las diversas manifestaciones culturales que realizan las personas ya sea individualmente o como miembros de una comunidad más amplia y diversa culturalmente.

En efecto, la Constitución (artículo 1), al reconocer que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, capta al ser humano no sólo como ser “racional”, sino también aprehende la conditio humana desde el lado emocional o “irracional”. Lo cual se refleja claramente cuando se invoca a Dios o se evoca el sacrificio de las generaciones anteriores en el Preámbulo de nuestra Constitución; o cuando se refiere a los símbolos patrios (artículo 49) –sobre los cuales se ha pronunciado este Tribunal en sentencia sobre el Exp. N.º 0044-2004-AA/TC. Fundamento 36–, a la bandera (artículo 49, segundo párrafo), o al idioma (artículo 2, inciso 2; 2, inciso 19; 48)”⁸³.

⁸¹ STC 0014-2003-AI. FJ 2.

⁸² STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 11.

⁸³ STC 0042-2004-PI. FJ 2 *in fine*.

d) La Constitución como ideal regulativo

“El deber de especial protección del menor de edad encuentra sustento, asimismo, en el hecho de que la Constitución, en tanto compendio normativo de valores, debe ser apreciada también como un ideal regulativo, es decir, como un postulado normativo que confía en que el futuro siempre debe ser apreciado como una oportunidad para que la realidad social se asemeje cada vez más al ideal que la Constitución normativamente postula y exige. El presente está protegido por la Constitución, pero ella, en su vocación de ser “vívica” cada más por la comunidad que gobierna, observa el futuro como una oportunidad para ser menos requerida, no en razón de un menor compromiso social con sus postulados valorativos, sino, por el contrario, como consecuencia de ser cada vez más eficaz sin necesidad de ser aplicada coactivamente. Esa vocación y esperanza puesta en un mañana más constitucionalizado de lo que está el presente, que este Tribunal aprecia en la Norma Fundamental, exige hoy un particular rigor en el cuidado constitucional de los niños y adolescentes. Este es el fundamento trascendental que subyace a la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4º de la Constitución, y es, entre otras cosas, la razón por la que en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, se ha expresado con acierto “que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”⁸⁴.

e) La Constitución como norma jurídica.

Una adecuada comprensión sobre la Constitución en tanto que norma jurídica, supone, entre otras cosas, asumir necesariamente que ella no es sólo una fuente del Derecho, sino también y, esencialmente, la fuente de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico; lo cual significa que la constitución se presenta como una fuente formal y una fuente material. Por otro lado, al interior de su entramado normativo, la Ley Fundamental contiene, además de normas propiamente regulativas, normas constitutivas que confieren poderes normativos a los distintos poderes públicos, de cuya debida observancia depende la validez de las disposiciones finalmente emitidas. De ahí que cobre especial relevancia la revisión de algunos conceptos básicos relacionados al carácter de norma jurídica que ostenta la Constitución en nuestro sistema de fuentes, poniendo especial énfasis en los principios que rigen su estructura jerárquica, así como su sistematicidad y coherencia. Veamos, esta vez, el largo excurso argumentativo del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

“El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

⁸⁴ STC 0012-2010-PI, FJ. 30, c).

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al «Derecho de la Constitución», esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos⁸⁵.

En otro fallo vinculado a un proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional asume la postura de la Constitución como norma y amplía la forma como debe concebirse la *Norma Normarum*. Veamos:

“La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal.

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. Si bien este Colegiado le ha reconocido la Constitución el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante. Así, en el Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, afirmó que:

(...) la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorrepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema⁸⁶.

— *La fuerza normativa y el contenido de la Constitución.*

En este acápite, el Tribunal Constitucional explica una de las características y acaso también de las consecuencias que presupone la Constitución como norma; y es su fuerza expansiva, esto es, que se trata de una norma que vincula tanto a los gobernantes o “detentadores del poder” como a los gobernados o “destinatarios del poder”.

“La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y «lo constitucional» derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribu-

⁸⁵ STC 05854-2005-PA/TC, FF.JJ. 3-6.

⁸⁶ STC 00047-2004-AI/TC, FJ. 9.

nal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer ..., donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución”⁸⁷.

— *La perspectiva objetivo-estructural y subjetivo-institucional de la Constitución.*

“La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).

En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículos 38º, 45º y 51º–, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla”⁸⁸.

e) La Constitución y la estructura jerárquica del orden jurídico.

Desde los primeros aportes de Rudolf Smend, y luego su desarrollo y acabado científico por Hans Kelsen recogido en dos trabajos capitales del maestro de Viena⁸⁹, hoy por hoy no se concibe a un sistema jurídico sin una estructura jerárquica, ni tampoco sin la idea básica de lo que es el orden jurídico y el ordenamiento jurídico. Este último concepto es acaso fruto de la existencia ya de los Estados modernos, y mucho más evidente en la estructuración jerárquica, a partir de la aparición de las Constituciones modernas. Con todo, el TC ha enfilado reflexiones propias de los tópicos de la filosofía jurídica. Y si bien es cierto que el concepto del Derecho depende del concepto de sistema jurídico, en los hechos y casos concretos, los jueces se enfrentan intermitentemente con problemas relativos a lagunas, antinomias y una red infinita de complejos temas que, como razonamiento previo, el TC vía *obiter dicta*, desarrolla dichos conceptos para luego definir –*decisum*– el caso en particular. Veamos, algo en extenso, algunos de estos ítems.

— *Orden y ordenamiento jurídico.*

“El orden jurídico es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas.

⁸⁷ STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 3.

⁸⁸ STC 00030-2005-PI/TC, FF.JJ. 40 y 41.

⁸⁹ KELSSEN, Hans: *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, Traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces, Porrúa, México, 1987; y del mismo autor *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª. Edición, quinta reimpresión, UNAM, México, 1995. Vid. también PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel: *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 19 y ss.

El ordenamiento jurídico se conceptualiza como una pluralidad de normas aplicables en un espacio y tiempo determinados, y se caracteriza por constituir una normatividad sistémica, y por su plenitud hermética.

En puridad, una norma jurídica sólo adquiere valor de tal, por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está condicionada sistémicamente por otras. Ello debido a que el orden es la consecuencia de una previa construcción teórico-instrumental.

Al percibirse el derecho concreto aplicable, en un lugar y tiempo determinados, como un orden regulador, se acredita la constitución de una totalidad normativa unitaria, coherente y organizadora de la vida coexistencial.

(...)

Esta normatividad sistémica se rige bajo el criterio de la unidad, dado que se encuentra constituida sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en la producción como en la aplicación de sus determinaciones regulatorias.

Hans Kelsen (Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba, 1987) precisa que un orden normativo sistémico es unitario, porque todas sus normas convergen en una norma fundamental, de la cual derivan directa o indirectamente, en sucesión, grado o escalera, hasta llegar a las normas más concretas.

Toda norma encuentra su fundamento de validez en otra superior, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental. Tal concepto de validez no sólo alude a la necesidad de que una norma se adecue formalmente a otra superior, sino también a su compatibilidad material.

Esta normativa está sujeta al criterio de coherencia, pues la normatividad sistémica es una totalidad armónicamente ordenada, en la que las normas que la conforman guardan una relación de compatibilidad entre sí, lo que excluye cualquier posibilidad de contradicción permanente.

Esta vocación por la coherencia exige la exclusión de cualquier situación en que dos normas que se contradicen en sus consecuencias jurídicas, pertenezcan o sigan perteneciendo a un mismo ordenamiento legal.

En consonancia con todo lo expuesto, puede señalarse que la normatividad sistémica del orden jurídico descansa en los siguientes principios: la coherencia normativa y el principio de jerarquía de las normas⁹⁰.

— *El principio de coherencia normativa.*

“Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman.

Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico.

⁹⁰ STC 0005-2003-AI/TC, FJ. 3.

Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo, es decir, la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible.

Como puede colegirse de lo expuesto, la coherencia se ve afectada por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan ante la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí se cautela la existencia de dos o más normas afectadas «por el síndrome de incompatibilidad» entre sí (...)»⁹¹.

— *El principio de jerarquía piramidal de las normas.*

“La Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque estas irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas las demás pautas jurídicas restantes. En esa perspectiva el principio de jerarquía deviene en el canon estructurado del ordenamiento estatal.

El principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Consecuentemente, como bien afirma Requena López, es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer depender la validez de unas sobre otras. Así, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella.

Con referencia a este principio estructurado del sistema, el artículo 51.º de la Constitución dispone que:

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

En ese sentido, el referido artículo afirma los principios de supremacía constitucional que supone una normatividad supra –la Constitución– encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal de la sociedad política. Como bien afirma Pérez Royo, el mundo del derecho empieza en la Constitución (...) no existe ni puede existir jurídicamente una voluntad superior a la Constitución.

La Constitución es una especie de super ley, de norma normarum, que ocupa el vértice de la pirámide normativa”⁹².

“La normatividad sistémica requiere necesariamente que se establezca una jerarquía piramidal de las normas que la conforman.

Al respecto el artículo 51º de la Constitución, recogiendo dicho principio, declara: «La Constitución prevalece sobre toda normal legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

⁹¹ STC 0005-2003-AI/TC, FJ. 4.

⁹² STC 0047-2004-AI/TC, FJ. 55.

Con ello se postula una prelación normativa con arreglo a la cual, las normas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico.

Dicha estructuración se debe a un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas.

Esta jerarquía se fundamenta en el principio de subordinación escalonada. Así, la norma inferior encuentra en la superior la razón de su validez: y, además, obtiene ese rasgo siempre que hubiese sido creada por el órgano competente y mediante el procedimiento previamente establecido en la norma superior.

Como señala Francisco Fernández Segado [El sistema Constitucional Español, Madrid: Dykinson, 1992], la pirámide jurídica « (...) implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide obviamente se sitúa la Constitución». Un sistema jurídico no está constituido por normas yuxtapuestas y coordinadas, sino por normas jerárquicas y superpuestas.

Ello presupone una clara correlación entre la fuente de la que emana una norma, la forma que ésta ha de adoptar y la fuerza jurídica de la misma. El precepto que regula la producción normativa es, prima facie, una norma superior; mientras que la producida conforme a esa regulación es una la norma inferior.

En toda estructura jerárquica existen tres tipos de normas, a saber, las productoras, las ejecutoras y las ejecutoras-productoras:

- Las normas productoras, en un sentido amplio, son las que revelan la expresión y ejercicio de un poder legislativo (originario o derivado), por el que se promueve y condiciona la expedición de otras normas, a las cuales se les asigna una jerarquía inferior. Es el caso de la Constitución y de buena parte de las leyes.
- Las normas ejecutoras son aquellas que dan cumplimiento a lo dispuesto o establecido en una norma productora. Tal el caso de las resoluciones.
- Las normas ejecutoras-productoras son aquellas que realizan ambas tareas simultáneamente. Tal el caso de una buena parte de las leyes y los decretos.

La producción de normas deja constancia del inseparable binomio poder-deber.

El poder del legislador consiste en la facultad de crear, modificar, abrogar, –etc–, normas dentro de un Estado, siempre que se respeten las reglas de elaboración.

Este poder se manifiesta descendentemente en cinco planos: poder constitucional, poder legislativo ordinario, poder reglamentario, poder jurisdiccional y poder negocial o de declaración de voluntad.

El deber de legislar consiste en la atribución de dictar normas que permitan hacer cumplir, respetar o ejecutar los alcances de otras de mayor jerarquía.

Este deber ascendentemente se manifiesta en cuatro planos:

- Deber negocial o de declaración de voluntad, dentro del marco de la Constitución y demás normas de carácter público.
- Deber de aplicar la ley y ceñirse a ésta para resolver los conflictos de carácter judicial o administrativo.
- Deber de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.
- Deber de legislar dentro del contexto señalado por la Constitución.

Debe advertirse que si bien todo ordenamiento tiene forma piramidal, no todos tienen el mismo número de categorías y grados⁹³.

— *Los principios que rigen la estructura jerárquica de las normas.*

“El orden jurídico no es un sistema de preceptos situados en un mismo plano y ordenados equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos o categorías normativas.

Esta disposición estratificada es producto del uso de una pluralidad de principios que, en algunos casos, pueden determinar la ubicación de una norma dentro de una categoría normativa, o su prelación al interior de la misma.

a) Principio de constitucionalidad

Las normas constitucionales poseen supremacía sobre cualesquiera otras del sistema, por lo que cuando éstas se les oponen formal o materialmente, se preferirá aplicar las primeras. Como acota Manuel García Pelayo: «Todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución».

b) Principio de legalidad

Es una regla que exige sujeción a la ley y a aquellas normas de similar jerarquía. En tal virtud, condiciona la validez de las normas de inferior rango.

Tal supremacía está prevista en el artículo 51° de la Constitución, que dispone que después del texto fundamental, la ley prevalece sobre toda otra norma de inferior jerarquía.

c) Principio de subordinación subsidiaria

Establece la prelación normativa descendente después de la ley y contiene a los decretos, las resoluciones y las normas de interés de parte.

Esta disposición normativa se encuentra contemplada en el ya citado artículo 51° de la Constitución y en el artículo 3° del Decreto Legislativo N.° 560, conocido con el nomen juris de Ley del Poder Ejecutivo.

d) Principio de jerarquía funcional en el órgano legislativo

Expresa que a falta de una asignación específica de competencia, prima la norma producida por el funcionario u órgano funcional de rango superior. Se aplica preferentemente al interior de un organismo público.

⁹³ STC 0005-2003-AI/TC, FJ. 5.

Este principio se deduce lógicamente de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público. Así, en el Gobierno Central, se deberán tener en cuenta las normas generales previstas en los artículos 37° y siguientes del Decreto Legislativo N.° 560 -Ley del Poder Ejecutivo-, además de lo dispuesto por otras leyes.

Ahora bien, la pirámide jurídica nacional debe comprenderse a la luz de dos criterios rectores: las categorías y los grados.

Las categorías son expresión de un género normativo que ostenta una cualificación formal y una condición preferente determinada por la Constitución o por sus normas reglamentarias.

Ellas provienen de una especie normativa; es decir, aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo.

En nuestro ordenamiento, la primera categoría se encuentra ocupada por las normas constitucionales y las normas con rango constitucional; la segunda está conformada por la ley y normas con rango de ley; la tercera está constituida por los decretos y normas de naturaleza ejecutiva; la cuarta por las resoluciones; y la quinta por las normas con interés de parte. Estas últimas incluyen las decisiones del Estado surgidas a petición de los particulares, o actos de éstos sin intervención estatal, que generen derechos y deberes de carácter personal.

Desde esta perspectiva, las acciones de inconstitucionalidad operan contra las normas contenidas en la segunda categoría; es decir, contra las leyes y normas con rango de ley, donde se incluye a las leyes orgánicas, las leyes ordinarias en sus distintas denominaciones [leyes generales, de bases, de desarrollo constitucional, etc.], los tratados (aprobados por el Congreso), los decretos legislativos, las resoluciones legislativas, el Reglamento del Congreso, las ordenanzas municipales, las normas regionales de carácter general, las ordenanzas regionales, el decreto de urgencia y los decretos leyes.

Cabe precisar que, respecto a las últimas categorías, no todas ellas tienen el mismo grado. Entre ellas existen grados. Los grados son los que exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría. Esta prelación interna se establece por la utilización de los principios de formalidad extraordinaria y jerarquía del órgano que la expide. Tal el caso de las resoluciones (en cuyo orden decreciente aparecen las resoluciones supremas, las resoluciones ministeriales, las resoluciones viceministeriales, etc.)⁹⁴.

f) La garantía jurisdiccional de la Constitución.

Al asumir el Tribunal Constitucional la actual concepción contemporánea de la Constitución como norma, discurre en su construcción doctrinaria y jurisprudencial ciertas características que dotan a la *Lex Legum* su carácter normativo precisando lo siguiente:

“A todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege (artículo 200º de la Constitución). La judicialización de la

⁹⁴ STC 0005-2003-AI/TC, FF.JJ. 6 y 7.

Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental⁹⁵.

En esta misma línea, el TC insiste que entre las características de la Constitución como norma, una característica básica es que ella vincula tanto a los destinatarios como a los detentadores del poder. Veamos:

“El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto”⁹⁶.

“la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51º), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º) o de la colectividad en general (artículo 38º) puede vulnerarla válidamente”⁹⁷.

g) Principio de fuerza normativa de la Constitución.

En la construcción de un Estado Constitucional, la Constitución está investida de una fuerza normativa en toda su integridad. En tal sentido, el TC precisa en este extremo que:

“La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”⁹⁸.

h) Principio de unidad de la Constitución.

La impronta de la unidad y de la identidad del ordenamiento jurídico se manifiesta en reiterados fallos que como *obiter dicta* han rodeado la construcción permanente del concepto de Constitución, poniendo énfasis en la unidad de la Constitución. Veamos:

“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”⁹⁹.

Existe pues una unidad de sentido que armoniza y hace congruentes a las parcialidades; esta unidad se aloja a través de un plexo de valores, principios y derechos. Así, el TC aclara que:

⁹⁵ STC 05854-2005-PA, FJ 8.

⁹⁶ STC 4053-2007-PHC, FJ 12.

⁹⁷ STC 4053-2007-PHC, FJ 13.

⁹⁸ STC 05854-2005-PA, FJ 12 e.

⁹⁹ STC 05854-2005-PA, FJ 12 a.

“[el criterio de unidad exige] resolver toda aparente tensión entre sus disposiciones “optimizando” su contenido normativo en conjunto, teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana”¹⁰⁰.

i) El principio de supremacía constitucional.

El añejo principio de la supremacía convierte a la Constitución en norma fundamental y fundacional, en fuente primaria de un sistema jurídico y en pauta de validez de todas las demás constelaciones normativas infraconstitucionales; tanto por su forma de creación y origen, cuanto por su contenido. El TC haciendo una profesión de fe, desarrolla en reiterada jurisprudencia este principio. Así, el Tribunal ha concebido la supremacía constitucional como:

“Un valor normativo fundamental de la Constitución que constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho, que es la forma de gobierno consagrada en el artículo 43° de la Carta Fundamental, que exige una concepción de la Constitución como norma, la primera entre todas, y la más relevante, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, pues resulta difícil encontrar preceptos constitucionales carentes de eficacia jurídica; convirtiéndose cada uno de los mismos en parámetros para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno, entre ellos los actos administrativos de los organismos reguladores”¹⁰¹.

j) Las cláusulas de intangibilidad de la Constitución.

El TC ha tomado postura no necesariamente respecto a determinadas cláusulas pétreas que existen en la legislación constitucional comparada, sino sobre el contenido esencial y los problemas de las mutaciones y reformas de la Constitución. Veamos:

“Las cláusulas de intangibilidad permiten identificar el ‘contenido fundamental’ de la Constitución, así como la interpretación fiel de este ordenamiento. Su finalidad básica es fundar los ‘supuestos ideológicos y valorativos’ en los cuales descansa el sistema constitucional. Esto es lo que nos permite identificar parte de esa regla de reconocimiento, para determinar si los cambios son una mutación o una reforma de la misma. Estas cláusulas se presentan como una norma garantizadora de un principio frente a las violaciones posibles, por lo que se precisa el reforzamiento de tal núcleo constitucional. Pero los límites explícitos no se agotan en las cláusulas de intangibilidad, sino que a lo largo del texto constitucional pueden estar consignados incluso en frases que se encuentran en un contexto diferente, (los llamados límites de carácter relativo). Lo que corresponde en el caso nacional es vincular el sentido de cada uno de los dispositivos constitucionales con el ‘contenido fundamental’ de la Constitución, pues es éste el que permite interpretar correctamente el reconocimiento de las normas en ella contenidas”¹⁰².

¹⁰⁰ STC 02730-2006-PA, FJ 6.

¹⁰¹ STC 02939-2004-PA/TC, párrafo quinto del FJ. 8.

¹⁰² STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 34.

2. Poder Constituyente

a) *Introducción.*

No se puede tener una concepción mínima de la Constitución, si no se parte del órgano excepcional que lo crea. En efecto, toda Constitución supone la presencia de un Poder Constituyente. En buena cuenta, para que exista una Constitución, es necesario que se haya producido en el mundo del ser un poder social que crea una normatividad fundante. Estas ideas, en algún momento, fueron pergeñadas por Sieyès. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional, en alguna oportunidad, ha utilizado bajo la técnica del *obiter dicta* la definición de lo que es el Poder Constituyente. En lo que sigue, pues, se aludirá al complejo archipiélago conceptual que entraña la Teoría del Poder Constituyente.

— *Definición.*

“En términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente ‘es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede’ (...) Esta última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona”¹⁰³.

— *Características: único, extraordinario e ilimitado.*

“El Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución). Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes”¹⁰⁴.

“Como sostiene Manuel Aragón, aplicable, *mutatis mutandis*, para explicar el caso peruano, allí “se ha positivizado, en realidad, al poder constituyente. Justamente por ello, la declaración de que la soberanía nacional ‘reside en el pueblo’ (“El poder del Estado emana del pueblo”, artículo 45° de la Constitución) es una prescripción jurídica y no un enunciado meramente político o la descripción de lo que fue (el poder constituyente) en el momento de emanación de la Constitución, pero que nunca ya será a partir de la entrada en vigor del texto constitucional.

¹⁰³ STC 0014-2002-AI/TC, FJ. 58.

¹⁰⁴ STC 0014-2002-AI/TC, FJ. 60.

Gracias a esa ausencia de límites materiales (explícitos e implícitos) nuestro ordenamiento asegura al pueblo..., en cada momento, su capacidad de autodeterminarse, impidiendo que las generaciones del futuro queden sometidas a la voluntad de las generaciones del presente o, dicho de otra manera, asegurando a esas generaciones del futuro, si quisiesen apartarse de lo impuesto por la generación del presente, que pueden hacerlo mediante el Derecho y no condenándolas a tener que hacerlo mediante la fuerza.

En resumen, pues, podría decirse que el artículo 32°, inciso 1) en la parte que autoriza la reforma total de la Constitución "positiviza el derecho a la revolución, es decir, facilita las vías jurídicas (pacíficas) para el cambio político (por muy radical que éste fuere)..." (Manuel Aragón, "Reforma constitucional (D.º Constitucional)", en Enciclopedia Jurídica Básica, citado, pág. 5656)¹⁰⁵.

— *Poder Constituyente y Constitución.*

"[De acuerdo con el] principio jurídico de supremacía constitucional, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo"¹⁰⁶.

"El pueblo, como Poder Constituyente, deposita su voluntad en la Constitución, se inserta en el Estado social y democrático de derecho, y deja de ser tal para convertirse en un poder constituido. La democracia episódica, fáctica, no reglada y desenvuelta en las afueras del Derecho, da lugar a una democracia estable, jurídica y, consecuentemente, reglada y desarrollada conforme a los límites establecidos en la Constitución; da lugar, en otros términos, a la democracia constitucional"¹⁰⁷.

— *Poder Constituyente y promulgación de la Constitución.*

"[L]a promulgación de una Constitución, por su propia naturaleza, es un asunto que sólo lo puede realizar el poder constituyente. Y cuando dicho poder ordena que la promulgación de la nueva Constitución la realice un poder constituido, este mandato no tiene sino un valor simbólico, que no afecta en nada a su obra"¹⁰⁸.

— *Función constituyente.*

"[C]uando el artículo 32°, inciso 1), alude a la posibilidad de que se pueda practicar una reforma total de la Constitución, en realidad, ha constitucionalizado la función constituyente, siguiendo en ello lo que, en su momento, estableciera el artículo 28° de la Constitución francesa de 1793 ('Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus propias leyes a las generaciones futuras') (...)

¹⁰⁵ STC 0014-2002-AI/TC, FJ. 118.

¹⁰⁶ STC 5854-2005-AA/TC, FJ. 3.

¹⁰⁷ STC 00030-2005-AI/TC, FJ. 20.

¹⁰⁸ STC 0014-2002-AI/TC, FJ. 27.

[N]o es lo mismo hablar de la constitucionalización de la función constituyente, prevista en el artículo 32° de la Constitución de 1993, a que se haya constitucionalizado el poder constituyente. La primera alude a una capacidad, la de reformar totalmente la Constitución o, lo que es lo mismo, la autorización de instaurar un nuevo orden constitucional. La segunda, en cambio, al sujeto u al órgano titular de esa función, esto es, al Poder que está autorizado a llevarla a cabo [Néstor Pedro Sagués, *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires 2001, Pág. 284 y ss]¹⁰⁹.

— *Congreso de la República no simboliza al Poder Constituyente.*

“[E]l Congreso de la República, en cuanto poder constituido, per se, no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante”¹¹⁰.

b) Formas de Poder Constituyente: Poder Constituyente Originario – Poder Constituyente Derivado.

— *Poder Constituyente Originario.*

“[E]l Poder Constituyente no sólo puede expresarse mediante una Asamblea Constituyente, esto es, a través de un órgano de representación, como lo propusiera el Abate Sieyès, sino también en forma directa.

Cuando se decide instaurar un nuevo orden constitucional con el concurso de una Asamblea Constituyente, pero se condiciona la aprobación de la nueva Constitución a que ésta sea ratificada mediante referéndum; en realidad, en tal caso, la Asamblea Constituyente, más allá de su nombre, si bien ejerce la función no tiene la potestas de decisión del Poder Constituyente, pues ésta es mantenida por el Pueblo, quien tiene la capacidad soberana de aceptar o desestimar la obra de sus representantes.

En cambio no sucede lo mismo si el Pueblo encomienda la elaboración y aprobación de un distinto ordenamiento constitucional, en exclusiva, a la Asamblea Constituyente, pues en este caso, este órgano ad hoc es la expresión del auténtico Poder Constituyente Originario, ya que el contenido de su obra sólo depende de sí mismo.

Sin embargo, si bien la decisión de instaurar un distinto orden constitucional puede realizarse a través de aquellos mecanismos (esto es, mediante una Asamblea Constituyente soberana, o con la instalación de una Asamblea Constituyente, pero condicionando su obra a la aprobación del Poder Constituyente), no impide que, en un ordenamiento como el nuestro, donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución pueda ser elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo a la decisión del soberano, a través del referéndum.

¹⁰⁹ STC 0014-2002-AI/TC, FF.JJ. 102 y 104.

¹¹⁰ STC 0014-2002-AI/TC, FJ. 107.

En tal supuesto, no es que el Congreso de la República asuma la condición de un poder constituyente ni tampoco que el proceso de elaboración de una Constitución distinta pueda considerarse ejercicio de una función constituyente, ya que la decisión de aprobarla o no, depende de él, quien únicamente se limita a proponer un proyecto de Constitución, sino del mismo Poder Soberano”¹¹¹.

— *Poder Constituyente Derivado.*

“La existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior (...)”

De esta manera se reconoce que la titularidad del poder constituyente derivado o instituido corresponde al órgano del poder público que, de acuerdo con las normas constitucionales preexistentes, tenga competencia para introducir modificaciones no sustanciales en la Constitución, como es el Congreso de la República”¹¹².

— *Poder Constituyente Derivado y límites materiales de la Constitución.*

“[E]l Congreso tampoco puede variar algunas cuestiones de fondo de la Constitución. A ellas se les denomina ‘límites materiales’, e imposibilitan ejercer el poder constituyente derivado a los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como ‘intangibles’ (...)”

Precisamente, para evitar que los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado que le ha sido acordado constitucionalmente, produzcan cualquier modificación de esos principios sustanciales, estos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado. Los derechos fundamentales son consustanciales al Estado social y democrático de derecho”¹¹³.

— *Poder Constituyente como poder ilimitado.*

“La Constitución no está sujeta a una evaluación de validez formal, dado que no existe un precepto [superior] que haga las veces de una norma sobre su producción jurídica, en virtud de ser ella misma el fundamento y cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un Estado (...) De manera que no adquiere esa validez a partir de que haya sido emitida por un órgano investido con dicha potestad y de acuerdo a un procedimiento previsto por el Derecho vigente, pues es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el Pueblo. En efecto, al Poder Constituyente no se le pueden imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo; y, siendo un poder extra ordinem, se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes.

Por las mismas razones, tampoco puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus conteni-

¹¹¹ STC 0014-2002-AI/TC, FF.JJ. 110 al 114.

¹¹² STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI (acumulados), FJ. 18.

¹¹³ STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI (acumulados), FF.JJ. 32 y 35.

dos mínimos. Lo anterior, desde luego, no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución. Ésta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto, como expresa el artículo 16° de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los valores primarios del Estado Constitucional”¹¹⁴.

— *Su relación con el Tribunal Constitucional.*

“El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmutaciones al texto constitucional, ya que este órgano representativo es el encargado de ‘crear’ la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente.

Al respecto, debe precisarse cuál es la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Constituyente originario. Cuando resuelve un proceso, y al haberse reconocido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que ‘(...) es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad’, en el fondo se está admitiendo que este Colegiado, actuando con lealtad constitucional y jurídica, es el intérprete de la voluntad del poder originario, atendiendo a que su fin es darle un sentido vivo, dúctil y omnicompreensivo a la Constitución. Pero debe quedar claro (...) que esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional sea el Poder Constituyente; simplemente se convierte, por así decirlo, en su ‘vocero’”¹¹⁵.

— *Enjuiciamiento constitucional de la reforma.*

“Aunque, efectivamente, es posible enjuiciar constitucionalmente las reformas y las normas jurídicas mediante las cuales estas se aprueban, ello no puede hacerse en todos los casos o bajo cualquier circunstancia o incidencia, sino únicamente en aquellos supuestos que, conforme a la Constitución, aquí se señalan. No basta con alegar, prima facie, que una ley de reforma vulnera la Constitución; es indispensable, además, precisar si dicha norma modificatoria transgrede alguno de los límites a los que se encuentra sometido todo proceso de reforma, exigencia que, sin embargo, no se ha desarrollado o satisfecho en la demanda interpuesta”¹¹⁶.

c) *Poder Constituido.*

Una cosa es el Poder Constituyente que presupone un momento fundacional de un nuevo orden jurídico-constitucional, y otra cosa es el Poder Constituido, que es ya el poder político estable, permanente y que tiene como fin producir normas infra-constitucionales. Con todo, el Poder Constituido puede devenir en Poder Constituyente Derivado, si es que reforma la Constitución a través de sus mecanismos que ha preestablecido.

¹¹⁴ STC 0014-2003-AI/TC, FJ. 17.

¹¹⁵ STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI (acumulados), FJ. 17.

¹¹⁶ STC 0024-2005-AI/TC, FJ. 5.

— *Origen y legitimidad.*

“De las características atribuidas al Poder Constituyente, queda claro que aquél, en cuanto poder creador, es único en su género, y que de él derivan a través de la Constitución, los llamados poderes constituidos o creados, es decir, los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y los demás de naturaleza constitucional. Los poderes constituidos, por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución.

En caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites.

Como afirma Manuel Aragón [Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1995, Págs. 15 y ss.] el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución. De allí que el Tribunal Constitucional considere que “no es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional con sus amplias competencias, sin que ella sufriera una reforma en su esencia” [Helmut Simon, “La jurisdicción constitucional”, en Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse y Heyde, Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons librero, Madrid 1996, pág. 823].

En ese sentido, y como en su momento lo intuyera el Abate Emmanuel Sieyès (¿Qué es el Tercer Estado?, Alianza Editorial, Madrid 1989), el Poder Constituyente es un plenipotenciario del pueblo, mientras que los poderes constituidos sólo son portavoces o hacedores de una tarea regulada en sus lineamientos por la propia Constitución. Esto permite anticipar que lo que se ha dado en llamar reforma constitucional, y que se encuentra atribuida a uno de los poderes constituidos, no puede ser igual a la función que ejerce el Poder Constituyente”¹¹⁷.

— *Poder de reforma constitucional como poder constituido.*

“En la medida que se admite que el poder de reforma constitucional está revestido de ciertos criterios en su forma de ejercicio, éstos se instituyen como auténticos límites o reglas de obligatoria observancia. El Poder de Reforma Constitucional en tal sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Constituyente, es un poder limitado. Mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, sólo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes (no sería admisible un Constituyente que destruya la voluntad del pueblo), el poder creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución (...).

¹¹⁷ STC 0014-2002-AI/TC, FF.JJ. 61-63.

La existencia de límites formales (...) permite considerar que el rol cumplido por el Poder de Reforma Constitucional, no es, ni puede ser, el mismo que el del Poder Constituyente, que es por definición plenipotenciario. Se trata, por consiguiente, de un órgano constituido y, como tal, potencialmente condicionado”¹¹⁸.

— *Los poderes constituidos encargados de la reforma constitucional.*

“[E]l artículo 206° de la Constitución ha encargado la competencia (jurídica) de reformar la Constitución a dos poderes constituidos: Por un lado, en calidad de sujeto titular de la competencia, al Congreso de la República, quien la podrá llevar adelante por sí solo en la medida que la reforma se apruebe en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; y, de otro, el pueblo, quien se expresa mediante referéndum”¹¹⁹.

3. Control constitucional.

Una de las consecuencias naturales del carácter normativo de la Constitución es el tema del control constitucional; el que a su vez se refleja en uno de los aspectos medulares en la construcción de la jurisdicción constitucional, consistente en el axioma de que no existe ningún órgano exento del control constitucional. Así, en esta perspectiva el TC peruano ha señalado que:

“afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.[...] Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares”¹²⁰.

Dicho control constitucional no se circunscribe, sin embargo, en palabras del TC, sólo al control formal y material de actos positivos, sino que incluye también las *omisiones* en que incurran las autoridades estatales y que supongan un quebrantamiento de la Constitución. El TC peruano ha expresado de este modo, la posibilidad de control de las omisiones, en este caso de aquellas en que incurre el legislador democrático:

“Es verdad que la Constitución peruana de 1993 no contempla de manera expresa la posibilidad del control de las omisiones legislativas [...], no obstante, para el caso nuestro, el fundamento del control de las omisiones legislativas debe ubicarse no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país. Esta colaboración ha permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento,

¹¹⁸ STC 0014-2002-AI/TC, FF.JJ. 71 y 73.

¹¹⁹ STC 0014-2002-AI/TC, FJ. 85.

¹²⁰ STC 4053-2004-PHC, FJ 14.

sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, este Colegiado, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad.

Ello muestra que la tesis de la división de poderes en el marco del actual desarrollo del Estado Constitucional, se complementa con el principio de colaboración de los poderes del Estado, permitiendo que también los jueces participen de la labor de creación de normas a través de sus interpretaciones o, en otros supuestos, activando la acción legislativa en determinado sentido a efectos de lograr desarrollos compatibles con la real vigencia de los derechos fundamentales.

En este esquema metodológico, [...] el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es “constitucionalmente necesario” y no obstante no ha sido atendido por el legislador. Finalmente aquello que es “solo constitucionalmente posible” se ubica en terreno propio del legislador y por tanto puede ser atendido en la forma en que lo crea conveniente e incluso en el tiempo que lo juzgue necesario. De este modo, la acción del Tribunal Constitucional se legitima, tanto para el control de lo que está constitucionalmente prohibido, así como para exigir aquello que resulta “constitucionalmente necesario”.

Si no fuera posible desde la jurisdicción constitucional la exigencia de determinadas acciones al legislador en sentido positivo, buena parte del modelo de garantía de los derechos no sería posible de atender, puesto que el Estado Constitucional se sustenta no sólo en un haz de posibilidades de acción negativa por parte del Estado, sino que la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, importa una serie de acciones positivas sin las cuales el modelo sería incompleto. De modo que la necesidad de que los órganos judiciales puedan activar la acción de los demás poderes, no hay que buscarla necesariamente en un mandato expreso del constituyente, en la medida que se trata de un mandato más sustancial que formal y que responde a la misma esencia del modelo de reparto de atribuciones y competencias de los poderes públicos para hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales¹²¹.

4. Estado Social y Democrático de Derecho.

La recepción constitucional de la definición del Estado social y democrático de Derecho hoy forma parte del constitucionalismo contemporáneo y que ha sido desarrollado en términos jurisprudenciales por el TC de cara a lo que establece la Constitución Política de 1993. Así encontramos diversos aspectos que envuelven el contenido sustantivo de esta noción que se pasará *in extenso* a reseñar:

¹²¹ STC 0006-2008-PI/TC, FF.JJ. 37-41.

— *Noción.*

“El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley”¹²².

— *Su configuración.*

“La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social”¹²³.

— *El principio político de soberanía popular.*

“El artículo 45 de la Constitución establece que el poder del Estado emana del pueblo, lo cual constituye la expresión política del principio de la soberanía popular, propio de todo Estado social y democrático de derecho con el que se identifica la Nación, y a la cual este Colegiado debe remitirse.

Con relación al Tribunal Constitucional, se sostiene que la Constitución

“(…) no se limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones ‘constitucionalmente relevantes’, sino que determina su composición, los órganos y método de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, recibe ipso iure de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos”.

En tal medida, este Colegiado ha establecido, como parte del fundamento 2 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, Caso Alberto Borea Odría, sobre la Inconstitucionalidad de la Constitución Política de 1993, que

“(…) la Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino

¹²² STC 00008-2003-PI, párrafo primero del FJ 12.

¹²³ STC 00008-2003-PI, párrafo tercero del FJ 12.

también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas”.

En tal contexto, en toda institución pública, quienes ejerzan el poder deben estar sometidos a la expresión popular propia de un régimen democrático que se encuentra consagrada en el texto constitucional. Así, se

“(…) establece también como instrumento máximo de garantía un Tribunal Constitucional, cuya misión, a la postre, no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución”¹²⁴.

— *El principio jurídico de soberanía constitucional.*

“En el mismo artículo 45 de la Constitución, refiriéndose al poder, se prescribe que

“(…) quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

En tal sentido, es indudable que este Colegiado se encuentra plenamente sometido a la eficacia y fuerza normativa de la Constitución. Este es, justamente, el principio jurídico de la soberanía constitucional.

Es más, por definición, la actividad del Tribunal Constitucional es tutelar la constitucionalidad de los actos y las normas en un Estado social y democrático de derecho. Por lo tanto, tal como lo señala el artículo 1 de su propia Ley Orgánica, Ley N° 28301, este Colegiado

“(…) se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

De ello se desprende que, al ser un órgano primordial en la configuración y vigencia del Estado social y democrático de derecho, el Tribunal Constitucional debe propiciar en un máximo sentido que la Constitución sea cumplida en toda su plenitud y dimensión.

Así, y a propósito de un proceso de inconstitucionalidad, en el fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0001-2002-AI/TC, Caso de la Municipalidad Provincial de Huaaura, sobre Inconstitucionalidad de Ordenanza, este Colegiado afirmó que en todo proceso sometido a su competencia se debe reconocer que

“(…) la Constitución (...) actúa como parámetro, en la medida que es la Lex Legum”.

Entonces, debe definirse si este Colegiado se encuentra capacitado para analizar, en una demanda de inconstitucionalidad, una ley de reforma constitucional, como lo es la Ley N° 28389. Es más, no se puede desconocer el hecho de que el contenido de esta ley de reforma, por haber cumplido el íter legislativo de su aprobación -doble votación calificada en el Congreso-, se ha integrado a la propia Norma Fundamental. Se deben revisar las posiciones al respecto”¹²⁵.

¹²⁴ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 1.

¹²⁵ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 2.

— *El principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de Derecho.*

“El artículo 43 establece que la República del Perú “es democrática”. La democracia, etimológica y coloquialmente entendida como el “gobierno del pueblo”, mal podría ser concebida como un atributo o característica más del Estado social y democrático de derecho, pues, en estricto, Norma Constitucional y Democracia, son dos factores que se condicionan de modo recíproco, al extremo de que con verdad inobjetable se ha sostenido que la Constitución bien podría ser definida como la juridificación de la democracia. En efecto, la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un totus social en el que subyace la igualdad.

Lo expuesto, desde luego, no significa que en el Estado social y democrático de derecho exista algún soberano. Por el contrario, como ha tenido oportunidad de referir este Colegiado,

[u]na vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder [deviene] en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

Ocurre, sin embargo, que siendo la Constitución la expresión jurídica de la soberanía popular, ésta otorga a aquella su fundamento y razón de existencia, por lo que una Constitución sólo es identificable como tal en la medida de que se encuentre al servicio de los derechos fundamentales del pueblo. Ello ha llevado a Rubio Llorente a sostener, con atino que

[n]o hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es (...) simple despotismo de apariencia constitucional.

De este modo, la voluntad política que da origen al Estado social y democrático de derecho se proyecta en éste, no ya como un poder supremo, sino como el contenido material del constitucionalismo concretizado en la necesidad de respetar, garantizar y promover los derechos fundamentales de cada persona. El pueblo, como Poder Constituyente, deposita su voluntad en la Constitución, se inserta en el Estado social y democrático de derecho, y deja de ser tal para convertirse en un poder constituido. La democracia episódica, fáctica, no reglada y desenvuelta en las afueras del Derecho, da lugar a una democracia estable, jurídica y, consecuentemente, reglada y desarrollada conforme a los límites establecidos en la Constitución; da lugar, en otros términos, a la democracia constitucional¹²⁶.

— *El principio democrático como principio articulador del Estado social y democrático de Derecho.*

“Sin embargo, tal como ha tenido ocasión de sostener este Tribunal, el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes

¹²⁶ STC 0030-2005-AI/TC, FF.JJ. 19-20.

constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución.

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

Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45º de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2º, inciso 17 y 30º a 35º (entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2º, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2º, inciso 5), de reunión (artículo 2º, inciso 12) y de asociación (artículo 2º, inciso 13).

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, “herida de muerte”.

Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35º de la Constitución.

Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es —como quedó dicho— el rasgo prevalente en nuestra Constitución¹²⁷.

¹²⁷ STC 0030-2005-AI/TC, FF.JJ. 22-23.

— *Democracia representativa.*

“Descartada la posibilidad de que una sociedad se rija de una vez y para siempre en base a la manifestación directa de su voluntad para la adopción de todas las decisiones que le atañen, es la democracia representativa el principio que articula la relación entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representados. Ella rige nuestro Estado social y democrático de derecho, encontrándose reconocida en el artículo 45º de la Constitución, en cuanto señala que

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...).

Consiguientemente, la Norma Fundamental es la combinación de dos principios mutuamente dependientes: el principio político de soberanía popular y el principio jurídico de supremacía constitucional.

La democracia representativa también se encuentra recogida en diversos artículos constitucionales, como el 43º (nuestro gobierno “es representativo”), el 93º (“Los congresistas representan a la Nación”), los artículos 110º y 111º (el Presidente de la república personifica a la Nación y es elegido por sufragio directo), los artículos 191º y 194º (elección por sufragio directo de los gobiernos regionales y locales), entre otros.

De esta manera, son notas distintivas de la democracia representativa, de un lado, que los representantes no son meros portavoces de sus representados, sino conformantes de un órgano con capacidad autónoma e independiente de decisión, previa deliberación; y de otro, que lo son no de simples intereses particulares (politics), sino generales (politics)¹²⁸.

— *Pluralismo y democracia representativa.*

“La democracia representativa es la que, en definitiva, permite la conjugación armónica del principio político de soberanía popular con un cauce racional de deliberación que permita atender las distintas necesidades de la población. Empero, dicha deliberación racional y, en suma, la gobernabilidad del Estado, pueden situarse en serio riesgo si a la representación no se le confiere las garantías para que pueda “formar voluntad”. La representación indebidamente comprendida y articulada, es la matriz potencial de un desequilibrio que, si no es adecuadamente conjujado, puede impedir que el Estado atienda su deber primordial de “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación” (artículo 44º de la Constitución), y con ello, desencadenar el colapso del sistema representativo en su conjunto, y con él, el del propio Estado social y democrático de derecho. Tales peligros son descritos a continuación.

Dejada de lado la idea de que en la sociedad reside una única verdad homogénea susceptible de ser descubierta por la razón, se comprende que, por el contrario, a la sociedad es inherente una fragmentación de distintas dimensiones, desencadenante, a su vez, de un pluralismo materializado en distintos ámbitos. De esta forma, a diferencia de lo que pudo haber concebido el primer liberalismo, puede afirmarse

¹²⁸ STC 0030-2005-AI/TC, FF.JJ. 5-7.

que a las sociedades contemporáneas no es inherente la uniformidad, sino, por el contrario, el pluralismo (...).

Bien puede decirse que hemos ingresado —hace tiempo ya— a un escenario de “democratización de la sociedad” en el que, si bien cobran singular protagonismo los mecanismos de democracia directa, un primer peligro consistiría en creer que lo hacen como si fueran la antítesis de la democracia representativa, cuando no son más que su natural complemento.

No puede olvidarse que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contraposición a los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido, finalmente, el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos y las decisiones terminan siendo monopolio del dictador, en la mejor muestra recreada de la fórmula hobbesiana: *Auctoritas, non veritas facit legem* (La autoridad —no la verdad— hace la ley).

Siendo el pluralismo ideológico y social una constatación fáctica de las libertades políticas y de expresión, es sencillo advertir que no se trata de un pluralismo institucional, sino atomizado o fragmentario. En su estado puro, dicho pluralismo no es más que la suma de intereses particulares urgidos por traducir el margen de control social alcanzado en control político. De ahí que los partidos y movimientos políticos tengan la obligación de ser organizaciones que “concurran en la formación y manifestación de la voluntad popular”, tal como lo exige el artículo 35º de la Constitución. Es decir, tienen la obligación de ser un primer estadio de institucionalización en el que la fragmentación resulte sustancialmente aminorada y encausada, a afectos de generar centros de decisión que puedan proyectar una voluntad institucionalizada de la sociedad al interior del Parlamento, que, aunada a otras, permita concurrir en el consenso, asegurando la gobernabilidad y racionalidad en la composición, organización y decisiones parlamentarias.

Los partidos políticos, tienen por función, entre otras, evitar que la legítima pero atomizada existencia de intereses, al interior de la sociedad, se proyecte en igual grado de fragmentación al interior Congreso de la República, pues, si ello ocurre, resultará minada la capacidad deliberativa y, con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para afrontar los distintos problemas políticos, sociales y económicos del país.

De esta manera, siendo el pluralismo y la democracia dos valores inherentes y consustanciales del Estado social y democrático de derecho, es imprescindible que sean debidamente articulados, pues de ello depende la gobernabilidad en el sistema representativo (...).

El hecho de que la gobernabilidad implique la generación de consensos no significa que en la democracia resulte proscrito el disenso. Por el contrario, la democracia implica el consenso de las mayorías, con pleno respeto frente al disenso de la minoría. Aunque el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad del establecer distintos meca-

nismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, “contramayoritarias”. Sólo así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático de derecho.

La tolerancia ha sido reconocida por este Tribunal como “valor superior y principio rector de un sistema democrático” (...).

Sin duda, la democracia representativa es una democracia pluralista, pues la representación encuentra en la soberanía popular a su fuente de poder y debe ser seno de contrapesos y controles mutuos entre las distintas fuerzas políticas. Pero no puede ser una democracia fragmentaria en la que no exista posibilidad de generar consensos entre las mayorías y minorías parlamentarias. En otras palabras, no cabe que so pretexto de identificar matemáticamente a la democracia representativa con la representación “de todos”, se termine olvidando que, en realidad, de lo que se trata es que sea una representación “para todos”.

De ahí la importancia de que los partidos y movimientos políticos concurren en la formación y manifestación de la voluntad popular, tal como lo exige el artículo 35º de la Constitución, y no sean simples asociaciones representativas de intereses particulares.

En ese sentido, se puede decir que el gobierno representativo está inspirado por cuatro principios, a saber: la elección de representantes a intervalos regulares, la independencia parcial de los representantes, la libertad de la opinión pública y la toma de decisiones tras el proceso de discusión”¹²⁹.

— *El principio de separación y cooperación de poderes en el Estado social y democrático de Derecho.*

“Respecto del principio de separación de poderes, también ha establecido este Colegiado que, conforme a los artículos 3º y 43º de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado Democrático y Social de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.

Sin embargo, la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes.

¹²⁹ STC 0030-2005-AI/TC, FF.JJ. 9-16.

El principio de separación de poderes persigue pues asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38º, 45º y 51º).

Por lo tanto, queda claro que el principio de separación de poderes no sólo resulta un parámetro del Estado destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que lo conforma, sino que, de acuerdo con su evolución, actualmente también implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones¹³⁰.

— *Promoción de la cultura como deber del Estado social y democrático de Derecho.*

“A criterio de este Tribunal, la promoción de la cultura también constituye un deber primordial del Estado social y democrático de Derecho, establecidos en el artículo 44 de la Constitución. De ahí que el deber que asume el Estado, en relación con la Constitución cultural, se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, el Estado debe

respetar, por mandato constitucional, todas aquellas manifestaciones culturales de los individuos o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2, inciso 8 de la Constitución); además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad, de conformidad con los artículos 88, 89 y 149 de la Constitución.

En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de promover todos aquellos actos que atiendan al interés general, a desarrollar un conjunto de conocimientos que permitan el desarrollo del juicio crítico y de las artes, así como a la integración y fortalecimiento de las manifestaciones que contribuyen a la identidad cultural de la Nación.

En tercer lugar, el Estado asume también el deber de no promover aquellos actos o actividades que pudiendo ser manifestaciones culturales o encubiertos por lo “cultural” –como las actividades o fiestas que inciten al consumo de drogas, fomenten la violencia, realicen actos antinaturales o crueles contra los animales, causen un grave daño al medio ambiente, lleven a cabo la caza furtiva de especies en peligro de extinción– pongan en cuestión, por un lado, derechos fundamentales como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 22 de la Constitución).

Ello porque la Constitución obliga al Estado, por un lado, a promover el uso sostenible de los recursos naturales (artículo 67); y, de otro, la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68). Lo cual no

¹³⁰ STC 0005-2006-AI/TC, FF.JJ. 12-15.

obsta para señalar que también es deber del Estado velar para que el aprovechamiento de dichos recursos se realice mediante el trato adecuado de las especies animales y vegetales de acuerdo con estándares acordes con las formas de vida pacífica y armónica con la naturaleza.

De ahí que el Estado social y democrático de Derecho, no sólo debe promover y respetar los valores culturales de la Nación, sino que también debe proscribir, desalentar o sancionar aquellos actos que supongan una violación de los derechos fundamentales o cuestionen valores superiores como la igualdad, la tolerancia, el pluralismo y la democracia, o los que pretendan subvertir el orden constitucional. De hecho, así procedió, tempranamente, el Estado peruano al abolir, mediante Ley, el juego de gallos a inicios de la República, estableciendo que “La moral del Gobierno, y la prosperidad pública se interesan en que infatigablemente se ataque, y persiga la pasión más destructora de las costumbres, y del reposo doméstico. Nada importaría hacer la guerra á los españoles, si no la hiciésemos también á los vicios de su reinado: salgan de nuestro suelo los tiranos, y salgan con ellos sus crímenes, quedándonos sólo la virtud de la constancia que han acreditado siempre, para emplearla contra ellos, así como ellos la han empleado contra nosotros; (...)”.

En ese sentido, el Estado se reserva el derecho a no promover prácticas que no contribuyan al desarrollo de una calidad de vida digna, lo cual se sostiene en una relación armónica con la naturaleza que alberga tanto al ser humano como a las especies animales y vegetales con los cuales convive¹³¹.

— *Obligación de respetar y promover las costumbres y manifestaciones culturales.*

“[...] [E]l hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)”¹³².

— *Aspectos para la efectividad de los derechos y principios básicos.*

“[...] [E]l Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; y pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca.

De esta forma, la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la exigencia de condiciones materiales para alcan-

¹³¹ STC 00042-2004-PI, FJ 4.

¹³² STC 0042-2004-PI, FJ 2, párrafo 1.

zar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando que se torne en obstáculos para desarrollo social”¹³³.

— *Fines de contenido social del estado democrático y social de derecho.*

“[...] [L]os fines de contenido social que identifican a este modelo del Estado se encuentran, por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho al trabajo y el derecho a la educación, por lo que para lograr la mayor efectividad de estos, tal como se ha mencionado en los párrafos precedentes, el Estado tiene tanto «obligaciones de hacer» (realizar acciones que tiendan al logro de un mayor disfrute del derecho) como «obligaciones de no hacer» (abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos), por lo que no resultan válidas las posiciones que sólo ven en los derechos civiles y políticos (libertad, seguridad y propiedad, entre otros) obligaciones estatales de no hacer, y en los derechos sociales (salud, trabajo, educación) sólo obligaciones estatales de hacer.

En el Estado democrático y social de derecho, la consecución de la mencionada participación activa de los ciudadanos en el sistema democrático, así como el logro del desarrollo social, requieren de una decidida labor del Estado, por un lado orientada a «realizar acciones» que garanticen un efectivo disfrute de derechos tales como la libertad, seguridad, propiedad (por ejemplo, optimizando los servicios de seguridad, la función jurisdiccional o los registros de propiedad), salud, trabajo y educación (por ejemplo, mejorando los servicios de salud, creando más puestos de trabajo y eliminando el analfabetismo), entre otros; y por otro a «abstenerse» de afectar tales derechos (por ejemplo, no interferir irrazonable y desproporcionadamente en la libertad o propiedad, o no afectar o perjudicar los servicios educativos y de salud existentes)”¹³⁴.

— *Supuestos fundamentales del estado social y democrático de derecho.*

“Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

a) **Supuestos económicos**

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.

¹³³ STC 00034-2004-PI, FJ 17 in fine y 18.

¹³⁴ STC 04232-2004-PA, FJ 4 y 5.

- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.

b) Supuestos sociales

Se trata del Estado de la integración social, dado que se busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial.[...]

c) Supuestos políticos

El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado.

Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3° de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De este forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural.

La vigencia de los principios democráticos asume vital importancia, dado que la satisfacción razonable de las condiciones de existencia de la persona determina y condiciona la voluntad legítima de la nación sobre el sistema estadual, consiguiéndose la estabilidad del Estado en todos sus elementos, y alcanzándose las metas propuestas en el modelo social.

La historia de la humanidad demuestra que el Estado no puede agotarse en sus funciones jurisdiccionales, de policía y de defensa del territorio; asimismo, que no puede limitar su actividad sólo a garantizar la seguridad interior y exterior del país. El Estado debe ser el ente integrador del orden político y social, y el regulador de la estructura social, que asegure el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

d) Supuestos jurídicos

En el Estado social y democrático de derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana.

Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad¹³⁵.

— *El principio de solidaridad como componente esencial del Estado social de Derecho.*

“El principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de su ethos organizativo. Así, el Constituyente, al establecer en el artículo 1° de la Constitución Política, que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies”¹³⁶.

“Es indubitable que en cualquier forma de vida comunitaria se hace necesario que esta se instaure y organice en relación con un fin compartido y cuyos logros, de alguna manera, alcancen a todos los que la conforman.

De ahí que al percibirse los denominados derechos sociales como fines esenciales de toda comunidad política, se deduzca que toda persona o grupo intermedio tenga que regir sus relaciones coexistentiales bajo el principio de solidaridad.

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial.

El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad

¹³⁵ STC 00008-2003-PI, FJ 13.

¹³⁶ STC 0048-2004-AI/TC, FJ. 37.

de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.

- b) El deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales.

Como ya se ha expuesto, la moderna concepción de los derechos sociales implica que no solo constituyan obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, la doctrina ha empezado a denominarlos deberes de solidaridad (fundamento 13, *supra*).

En una sociedad democrática y justa, la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales. Es así como adquieren mayor sentido las sanciones jurídicas frente al incumplimiento de estos deberes, por ejemplo, las sanciones que se imponen ante la omisión del pago de impuestos, pues justamente a través de ellos se garantiza la recaudación y una mayor disponibilidad presupuestal para la ejecución de planes sociales¹³⁷.

— *Responsabilidad social de las empresas.*

“El modelo del Estado Social y Democrático de Derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal. Pero ¿qué supone la fórmula política o, más precisamente, el término “social” respecto a la actuación de los grupos económicos y las empresas privadas? ¿Es indiferente que el Estado se defina constitucionalmente como “Social y Democrático de Derecho” cuando se trata de extraer algunos efectos frente a los particulares? Respecto del Estado, ya sabemos que ha suscitado una especie de mutación estructural. No es lo mismo, ni en la perspectiva histórica, ni en cuanto a los alcances y contenidos concretos, la fórmula del Estado Liberal y la acuñada por el constitucionalismo de posguerra como “Estado Democrático y Social de Derecho”.

En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

¹³⁷ STC 2945-2003-AA/TC, FJ. 16, 23 y 24.

Lo “social”, se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

Prima facie, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas per se en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado per se virtuoso y el Estado per se mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”¹³⁸.

— *Sistema democrático y periodismo.*

“El Tribunal Constitucional no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático; claro está, cuando ellos se realizan con responsabilidad y dentro del respeto de la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), de sus derechos fundamentales y de valores democráticos como la tolerancia y el pluralismo. Su papel es especialmente relevante porque su ejercicio democrático incide en la posibilidad de que los ciudadanos estén convenientemente informados sobre los temas que son de interés público. Es que, la democracia es un ejercicio de autogobierno colectivo, que exige que los cargos públicos sean elegidos por el pueblo y que el Estado sea receptivo a los deseos e intereses del pueblo. Para ejercer esta prerrogativa soberana, los ciudadanos dependen de determinadas instituciones para que les informen acerca de las posiciones de los diversos candidatos a ocupar los cargos públicos, y para que analicen y evalúen las políticas y prácticas del gobierno (...).

En definitiva, el ejercicio profesional del periodismo, cuando se realiza democráticamente y con responsabilidad, es un elemento esencial que permite el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones democráticas”¹³⁹.

¹³⁸ STC 0048-2004-AI/TC, FJ. 15.

¹³⁹ STC 0027-2005-AI/TC, FJ. 26.

5. El principio de seguridad jurídica como componente esencial del Estado Constitucional de Derecho.

Desde otra perspectiva, el TC también ha considerado como uno de los elementos fundamentales del Estado Constitucional, el principio de seguridad jurídica. Así, consubstancial a todo Estado de Derecho, en la configuración del sistema jurídico, no sólo importa la protección de los valores materiales y del Estado Social propugnados por el constitucionalismo, sino también la preservación de la garantía de seguridad que todo sistema basado en reglas debe ofrecer a los ciudadanos. Veamos cómo el TC ha descrito este principio constitucional y cómo ha fundamentado su inclusión en la Constitución:

“En primer término, y dado que a diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional, es menester que este Tribunal determine si el principio aludido es uno de rango constitucional, y, por ende, si es susceptible de alegarse como afectado a efectos de determinarse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o parte de ésta.

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, parágrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, parágrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139º, inciso 3, ("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 que sea su denominación")¹⁴⁰.

¹⁴⁰ STC 0016-2002-AI/TC, FF.JJ. 2-4.

II. TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1. Dignidad humana.

Aunque el presente trabajo, en su conjunto, gira en torno a los ejes vinculados al Derecho Procesal Constitucional, no está de más echar una mirada panorámica a una disciplina jurídica vinculada íntimamente: nos referimos a la Teoría General de los Derechos Humanos. En el quehacer reflexivo de su tutela, y a partir de lo que Cappelletti denominara la jurisdicción constitucional de la libertad, el TC peruano ha abocetado una serie de conceptualizaciones de suyo importantes y que aquí apenas se presenta un brochazo panorámico del mismo.

Asumiendo el principio kantiano establecido en el art. 1 de la Constitución de que la persona es eje, centro y fin y desarrollando un concepto trascendental de la dignidad de la persona como guía para la realización de una interpretación adecuada de los derechos fundamentales, no sólo por el legislador o el Tribunal Constitucional, sino por todos los agentes del ordenamiento, el Tribunal ha construido diversas apreciaciones en torno a la noción de la dignidad que aquí se quintaesencia.

a) Noción

No cabe duda, como lo ha indicado Jesús González Pérez, que la dignidad de la persona constituye uno de los valores superiores que el derecho positivo no puede desconocer, como no puede desconocer los derechos inherentes a la persona humana¹⁴¹. Así, el TC ha definido a la dignidad humana como:

“[...] la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos”¹⁴².

“[...] la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3°, que dispone que “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”¹⁴³.

¹⁴¹ Al respecto véase GÓNZALEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

¹⁴² STC 10087-2005-PA, FJ 5.

¹⁴³ STC 02273-2005-PHC, FJ 5.

“Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos del ser humano.[...]”¹⁴⁴.

Como es de verse, los argumentos expuestos por el TC en cuanto a la noción de dignidad, suponen su reconocimiento como principio fundamental, informador del sistema constitucional y sustento básico para la protección de los demás derechos fundamentales, estableciéndose como límite de arbitrariedad frente a la conducta estatal relacionada al trato de este tipo de derechos. Es por ello, que el TC también ha afirmado que

“El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de las distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada.

Bajo este principio, el Estado no sólo actuará respetando la autonomía del individuo y los derechos fundamentales como límites para su intervención – obligaciones de no hacer–, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida –obligaciones de hacer–”¹⁴⁵.

b) Su realización.

El Tribunal Constitucional entiende que la realización de la dignidad humana constituye:

“una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, [...], que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

¹⁴⁴ STC 2273-2005-PHC, FJ 6.

¹⁴⁵ STC 2016-2004-PA, FJ- 18 y 19.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, [...] , también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica [...]"¹⁴⁶.

c) Su valor normativo. La dignidad humana como derecho fundamental.

El Colegiado Constitucional ha dispuesto que la dignidad humana debe entenderse no sólo como el sustrato ético-filosófico que sustenta y da sentido a los derechos fundamentales, sino que también debe comprender un reducto valorativo directamente invocable ante los tribunales; es decir, que se reconoce en la dignidad no sólo su carácter de principio o valor, sino también de derecho fundamental directamente aplicable. Veamos:

“En ese sentido, este Tribunal debe establecer que la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano.

Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica (a mayor abundamiento, mutatis mutandi, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como la garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido).

¹⁴⁶ STC 02273-2005-HC FJ 8 y 9.

Una vez identificado este contenido práctico –objetivo y universal, en tanto fundamentado en las necesidades concretas y reales de los hombres-, el Tribunal Constitucional se encuentra en la responsabilidad constitucional de recogerlo y concretizarlo jurisprudencialmente en un postulado normativo: el principio-derecho de la dignidad humana. De ahí que de la jurisprudencia de este Colegiado [STC N.º 0050-2004-AI (acumulados), N.º 0019-2005-PI/TC, N.º 0030-2005-PI, N.º 1417-2005-AA, N.º 10107-2005-PHC], encontramos que la dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.

El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas:

Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos¹⁴⁷.

d) La dignidad humana como principio-derecho

“(…) el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), [es aquel] en atención al cual ‘el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales’ (STC 06730-2006-PA/TC, fundamento 9).

En este contexto, la defensa de la persona humana y su dignidad, conforme lo establece el artículo 1 de la Constitución, no representa sólo el fin supremo del or-

¹⁴⁷ STC 2733-2005-PHC/TC, FF.JJ. 8-10.

den estatal, sino también el sustrato material de convivencia de la sociedad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional que ha calificado en reiteradas ocasiones a la Constitución no sólo como la norma fundamental del Estado, sino también como la Ley Fundamental de la Sociedad (STC 00976-2001-PA/TC, fundamento 5)¹⁴⁸.

2. Derechos humanos.

Derivados de la dignidad del ser humano, aparecen como condición de la existencia de la ciencia del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional, los derechos humanos, cuyo nomen iuris es utilizado en el ámbito del Derecho Internacional y denota, como ha dicho el Tribunal Constitucional, la obligación de parte de los Estados que han suscrito los pactos y tratados internacionales sobre derechos humanos, de proteger al ser humano frente al accionar arbitrario del Estado. El Tribunal ha expresado esta concepción de los derechos humanos no sólo como declaraciones retóricas sino como obligaciones vinculantes para los Estados en estos términos:

“Las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción. Estas obligaciones han quedado enunciadas expresamente por el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas internacionales constituyen, por ende, pauta interpretativa mandatoria de lo dispuesto en el artículo 44. De la Constitución; vale decir, la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

La obligación de garantía ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988 (párrafo 164), la Corte indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos vela de esta manera por la protección de los derechos de las personas pero, simultáneamente, exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción¹⁴⁹.

En este contexto, el Tribunal ha conceptualizado los derechos humanos de este modo:

“Los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas que encarnan las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales.

¹⁴⁸ STC 0228-2009-PA/TC, FJ 22.

¹⁴⁹ STC 04677-2005-PHC, FJ 13 y 14.

Por ello, regulan la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos. La noción de derechos humanos en sí misma está sujeta de manera permanente a la tentación de manipularla. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, considera conveniente realizar una aproximación al tema desde la dogmática constitucional que permita su comprensión.

Sobre ellos es posible predicar que son tributarios de los principios de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, inviolabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e irreversibilidad y corresponsabilidad. Estos principios deben integrarse a la concepción de derechos fundamentales planteados en la Constitución, que a su vez son resultado de las exigencias de los valores que coexisten en una sociedad política organizada, cuya plasmación normativa se encuentra en el derecho positivo. Mas, esta formulación constitucional no puede ser entendida restrictivamente como una positivización formalista de los derechos humanos, sino con el criterio de la inclusión de los instrumentos normativos de positivización, así como de las técnicas de su protección y garantía¹⁵⁰.

3. Derechos fundamentales.

a) Noción.

Como es sabido, los derechos fundamentales representan la concreción en el ámbito nacional de los derechos humanos. Como parte consubstancial del concepto actual de Constitución que no sólo representa un límite formal a la actuación de los poderes públicos, sino principalmente un límite de carácter material a los mismos, los derechos fundamentales, según ha precisado el Tribunal Constitucional, son parte central del ordenamiento jurídico del país y su dimensión no es sólo subjetiva, es decir como atributos subjetivos de las personas, sino también objetiva como normas de fundamentación de todo el sistema jurídico. Veamos como ha expresado esta idea el Tribunal:

“La necesidad de la delimitación conceptual de los derechos fundamentales, con relación a otras categorías como los derechos humanos, es de suma importancia dada la función que cumplen dentro del Estado social y democrático de Derecho. El intérprete constitucional se encuentra obligado a participar de la tarea siempre abierta de profundizar en el estatuto jurídico y las garantías que comprenden los derechos fundamentales, que debe conjugarse con el consiguiente esfuerzo práctico para contribuir a su definitiva implantación.

Podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica. Éste es el sentido correcto en el cual debe concebirse el derecho a la pensión.

¹⁵⁰ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 71.

En atención a ello, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para

“(...) designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”.

La pensión también se plasma como exigencia de la dignidad humana, y por ello se encuentra garantizada normativamente. Los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado -eficacia vertical-, e irradian las relaciones inter privados -eficacia horizontal-.

En esencia, se supone que son derechos fundamentales

“(...) aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado no otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado”.

De esta forma, el Tribunal Constitucional considera necesario configurar la naturaleza de los derechos fundamentales, que encerrando en sí mismos una aspiración, deben ser percibidos por los seres humanos como una experiencia concreta de la vida cotidiana, para lo cual se deben garantizar condiciones objetivas para su pleno goce y ejercicio¹⁵¹.

“Tal como se ha precisado, los derechos fundamentales reconocidos por la Norma Fundamental, no se agotan en aquellos enumerados en su artículo 2º, pues además de los derechos implícitos, dicha condición es atribuible a otros derechos reconocidos en la propia Constitución. Tal es el caso de los derechos a prestaciones de salud y a la pensión, contemplados en el artículo 11º, y que deben ser otorgados en el marco del sistema de seguridad social, reconocido en el artículo 10º¹⁵².”

“[...] los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Esa centralidad implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos. Ello justifica que nuestra Constitución (artículo 200º) haya previsto determinadas “garantías constitucionales” a fin de salvaguardar el principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales¹⁵³.”

“los «derechos fundamentales» y las «garantías para su protección» se han constituido como institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos sólo podrían «realizarse» en la medida que cuenten con mecanismos «rápidos», «adecuados» y «eficaces» para su protección. Los derechos y sus mecanismos procesales de tutela se constituyen así en el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema democrático¹⁵⁴.”

¹⁵¹ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 72.

¹⁵² STC 1417-2005-AA/TC, FJ. 31.

¹⁵³ STC 10087-2005-PA, FJ 6.

¹⁵⁴ STC 05374-2005-PA, FJ 3.

b) Fundamentación axiológica y valor positivo.

Hoy es un lugar común en la doctrina, la afirmación según la cual los derechos fundamentales no sostienen su valor sólo en su reconocimiento expreso en el texto de las constituciones, sino, sobre todo, en su derivación del principio básico de la dignidad humana, en el cual no sólo sustentan el prisma de su contenido interpretativo, sino de donde también se pueden extraer nuevos derechos fundamentales. Veamos cómo ha destacado esta postura el TC:

“Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución).

Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III),

“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”.

De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”¹⁵⁵.

c) Doble naturaleza.

Sin entrar en una pluralidad de lenguajes y técnicas de clasificación sobre las concepciones que entrañan los derechos fundamentales, tarea ardua que pertenece a los predios de la teoría general de los derechos humanos, el TC ha asumido, con todo, la conceptualización de la doble naturaleza de estos derechos básicos, indicando que:

“[...] [los] derechos [fundamentales] poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injusti-

¹⁵⁵ STC 1417-2005-PA/TC, FF.JJ. 2-4.

ficadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional¹⁵⁶.

“Por lo tanto, en la medida en que los derechos fundamentales tienen una dimensión subjetiva y objetiva, la legitimidad procesal en los procesos constitucionales no sólo debe ser evaluada desde el punto de vista adjetivo o formal sino también desde la óptica sustantiva. Lo cual quiere decir que su ejercicio se debe realizar sin contravenir los demás bienes y valores constitucionales; pero, además de ello, respetando el marco legal establecido¹⁵⁷.”

En esta misma ruta, la conceptualización que asumen los Tribunales Constitucionales como el peruano, ha venido reafirmando las dimensiones de los derechos fundamentales. Así ha expresado:

“Los derechos fundamentales que la Constitución ha reconocido no sólo son derechos subjetivos, sino también constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional (STC 0976-2001-AA/TC). Esta última dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer, sobre todos los organismos públicos, un “deber especial de protección” de dichos derechos. Desde luego que esta vinculación de los derechos fundamentales en la que se encuentran los organismos públicos no significa que tales derechos solo se puedan oponer a ellos, y que las personas (naturales o jurídicas de derecho privado) se encuentren ajenas a su respecto. El Tribunal ha manifestado en múltiples ocasiones que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares (STC 03510-2003-AA/TC)”¹⁵⁸.

d) Titularidad.

Toda manifestación concreta de algún derecho fundamental supone que alguien lo ejerce, lo disfruta y lo detenta; y, por consiguiente, que lo haga valer frente a una violación o amenaza de violación, fruto de un acto lesivo proveniente de particular, funcionario o persona. Nos encontramos, entonces, con un sujeto titular del derecho fundamental. Así, el TC ha establecido que un proceso constitucional sólo procede cuando se acredite la titularidad del derecho que se reclama. Así, ha sostenido:

“mediante este proceso no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien

¹⁵⁶ STC 03330-2004-PA, FJ 9.

¹⁵⁷ STC 3727-2006-PC, FJ 5 *in fine*.

¹⁵⁸ STC 02268-2007-AA/TC, fundamento 5 a).

solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal”¹⁵⁹.

Pese a ello, es oportuno precisar que el asunto de la titularidad de los derechos fundamentales dista mucho de ser un tema pacífico en la doctrina y jurisprudencia constitucionales, y en particular, tratándose de la titularidad de derechos por parte de las personas jurídicas, sean éstas privadas o públicas. Así, a pesar de que en nuestra Constitución no existe una norma específica que resuelva esta interrogante (como, en cambio, sí sucedía con la Constitución de 1979) lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional ha interpretado que existen, cuando menos, dos criterios que permiten justificar la atribución de derechos a las personas jurídicas:

“En la lógica de que toda persona jurídica tiene o retiene para sí un conjunto de derechos, encuentra un primer fundamento la posibilidad de que aquellos de carácter fundamental les resulten aplicables. En el plano constitucional, por otra parte, existen a juicio de este Colegiado dos criterios esenciales que permiten justificar dicha premisa: a) La necesidad de garantizar el antes citado derecho a la participación de toda persona en forma individual o asociada en la vida de la nación, y b) La necesidad de que el principio del Estado democrático de derecho e, incluso, el de dignidad de la persona, permitan considerar un derecho al reconocimiento y tutela jurídica en el orden constitucional de las personas jurídicas”¹⁶⁰.

En esta misma lógica, el Tribunal Constitucional ha interpretado lo siguiente:

“(…) en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estos últimos se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar al ejercicio de facultades a toda asociación – entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles – y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derechos se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección”¹⁶¹.

Por nuestra parte, creemos que, muy a pesar de la ausencia de una norma constitucional expresa referida a la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas, no menos cierto es que:

“[L]uego de una somera revisión del catálogo de derechos reconocidos por nuestra Carta Magna, podemos notar, no sólo, que ella distingue conceptualmente a las personas naturales de las personas jurídicas a lo largo de su articulado (es el caso, por ejemplo, de los artículos 2, inciso 13, 15, 71, 89, 163, entre otros) sino que, además, varios de esos derechos pueden ser, por su naturaleza, efectivamente titularizados por las personas morales, tanto de manera compartida (con las personas naturales) como de manera exclusiva.

Y así, podemos afirmar que derechos tales como a la igualdad (artículo 2, inciso 2), a la libertad de información, opinión y expresión (artículo 2, inciso 4), a la buena reputación (artículo 2, inciso 7), a la libertad de contratar y de contratación (ar-

¹⁵⁹ STC 0976-2001-AA/TC, FJ. 3.

¹⁶⁰ STC 4972-2006-PA, FJ. 9

¹⁶¹ STC 0905-2001-AA, FJ. 5

título 2, inciso 14), a trabajar libremente (artículo 2, inciso 15), a formular peticiones (artículo 2, inciso 20), a la nacionalidad (artículo 2, inciso 21), a la libertad de empresa (artículo 59), a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso (artículo 139), entre otros, pueden ser ejercidos de manera compartida por personas naturales y personas jurídicas; y derechos tales como a participar en forma asociada en la vida económica, social y cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17), a la autonomía universitaria (artículo 18), a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de universidades, institutos superiores y demás centros educativos (artículo 19) y a la negociación colectiva (artículo 28), son ejercidos de manera exclusiva por las personas jurídicas”¹⁶².

Pese a lo dicho, el Tribunal no desatiende el hecho de que entre las personas naturales y las personas jurídicas existen importantes diferencias que afectan inevitablemente al contenido de los derechos atribuidos a estas últimas, y en ese sentido, ha interpretado que:

“[A] diferencia de las personas naturales, las personas jurídicas no pueden ser consideradas un fin en sí mismas, sino como un medio que hace posible alcanzar determinados fines que son de difícil o imposible realización de manera individual. En esta medida, las personas jurídicas no gozan de todos los derechos fundamentales que son reconocidos a favor de las personas naturales, e incluso, respecto de aquellos derechos que les son reconocidos, el grado de protección por parte del ordenamiento jurídico podrá no ser idéntico, atendiendo a la naturaleza del derecho fundamental y a las particularidades del caso concreto”¹⁶³.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha establecido, aunque de modo meramente enunciativo, que resultan aplicables a las personas jurídicas los siguientes derechos fundamentales:

- a) El derecho a la igualdad ante la ley (Artículos 2, incisos 2, 60, 63)
- b) Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (Artículo 2, inciso 4)
- c) El derecho de acceso a la información pública (Artículo 2, inciso 5)
- d) El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (Artículo 2, inciso 5, párrafo segundo)
- e) El derecho a la autodeterminación informativa (Artículo 2, inciso 6)
- f) El derecho a la buena reputación (Artículo 2, inciso 7)
- g) La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (Artículo 2, inciso 8)
- h) La inviolabilidad de domicilio (Artículo 2, inciso 9)
- i) El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (Artículo 2, inciso 10)
- j) La libertad de residencia (Artículo 2, inciso 11)
- k) El derecho de reunión (Artículo 2, inciso 12)
- l) El derecho de asociación (Artículo 2, inciso 13)

¹⁶² STC 00898-2008-PA, Fundamento de voto del Magistrado Eto Cruz, párrafos 7 y 8.

¹⁶³ STC 1567-2006-PA, FJ. 7

- m) La libertad de contratación (Artículo 2, inciso 14)
- n) La libertad de trabajo (Artículo 2, inciso 15, y Artículo 59)
- o) El derecho de propiedad (Artículo 2, inciso 16)
- p) El derecho a la participación en la vida de la nación (Artículo 2, inciso 17)
- q) El derecho de petición (Artículo 2, inciso 20)
- r) El derecho a la nacionalidad (Artículo 2, inciso 21)
- s) El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (Artículo 19)
- t) La libertad de iniciativa privada (Artículo 58)
- u) La libertad de empresa, comercio e industria (Artículo 59)
- v) La libre competencia (Artículo 61)
- w) La prohibición de confiscatoriedad tributaria (Artículo 74)
- x) El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (Artículo 139°, inciso 3)".¹⁶⁴

También ha dicho el Tribunal, respecto a este mismo tema, lo siguiente:

“La Constitución Política del Perú de 1993 ha señalado en la parte de derechos fundamentales de la persona -su artículo 1º- que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” agregando en su artículo 2º que “toda persona tiene derecho”, derechos atribuidos evidentemente a la persona humana a la que hace referencia el citado artículo 1º.

El Código Procesal Constitucional estatuye en el artículo V del Título Preliminar al referirse a la interpretación de los Derechos Constitucionales que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

De lo expuesto en el fundamento precedente se colige que los derechos constitucionales tienen que ser interpretados en concordancia con los tratados internacionales en los que el Perú es parte con la finalidad de evitar incompatibilidades entre éstos.

Entonces debemos remitirnos al contenido de los Tratados Internacionales para interpretar los derechos constitucionales protegidos por el Código Procesal Constitucional. La Declaración Universal de Derechos Humanos, como su misma denominación señala, declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1º que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”, realizando en el artículo 2º la enumeración de los derechos que se les reconoce.

¹⁶⁴ STC 4972-2006-PA, FJ. 14.

También es importante señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos - “Pacto de San José de Costa Rica”- expresa en el artículo primero, inciso dos, que debe entenderse que persona es todo ser humano”, haciendo referencia marcada al precisar que los derechos reconocidos en la señalada disposición internacional están referidos sólo a la persona humana.

En conclusión extraemos que las disposiciones internacionales al proteger los derechos referidos a la persona humana están limitando al campo de las denominadas acciones de garantías constitucionales a los procesos contemplados por nuestro Código Procesal Constitucional.

Por ello es que, expresamente el artículo 37º del Código Procesal Constitucional señala que los derechos protegidos por el proceso de amparo son los que casi en su totalidad enumera el artículo 2º de la Constitución Política del Perú, referido a los derechos de la persona, exceptuando el derecho a la libertad individual singularmente protegido por el proceso de habeas corpus, y los destinados a los procesos de cumplimiento y habeas data para los que la ley les tiene reservados un tratamiento especial por cuanto traen conflictos de diversa naturaleza. Esto significa entonces que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana”¹⁶⁵.

e) El Estado como titular de derechos fundamentales

Uno de los problemas epistémicos que se presenta en la literatura ius-filosófica de los derechos humanos es si el Estado o los órganos que lo conforman pueden en estricto ser portadores y titulares de específicos derechos fundamentales. Aún cuando es un tema no cerrado, el TC se ha pronunciado en algunas oportunidades respecto a esta problemática, marcando una evolución que va desde la negación de derechos a los entes estatales hasta su reconocimiento en determinados supuestos¹⁶⁶. Así, en primer lugar, interpretando el artículo 6.4. de la antigua Ley 23506, la cual disponía la improcedencia del amparo en casos de conflicto entre órganos estatales, el TC estableció:

“Inicialmente, es pertinente examinar si el Tribunal Constitucional es competente para analizar un proceso que contraponga los intereses de dos entidades de derecho público. La demanda en el presente caso ha sido presentada por el Banco de la Nación y dirigida básicamente contra el Seguro Social de Salud, ESSALUD, ex IPSS. Según el artículo 6 inciso 4 de la Ley 23506, aplicable al caso concreto, no proceden las acciones de garantía “de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones”. *Contrario sensu*, se observa que sí proceden los procesos constitucionales entre tales entidades en caso de que la actividad de la demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de sus funciones, tal como se critica a ESSALUD. Es más, ya en anterior oportunidad (Sentencia del Expediente 918-98-AC/TC), este Colegiado se ha

¹⁶⁵ STC 06294-2007-PA, FJ. 5.

¹⁶⁶ Vid. infra en el acápite sobre “El Proceso de Amparo” el ítem sobre “conflicto entre órganos estatales”, específicamente la STC 1407-2007-PA/TC.

considerado competente para revisar un proceso iniciado por el Fondo Metropolitano de Inversiones – INVERMET, y dirigido contra la Municipalidad Distrital de Lince. Por estas consideraciones, en el presente caso, la relación jurídica procesal constitucional queda plenamente establecida entre demandante y demandada, más aún si la pretensión está dirigida a la tutela objetiva de derechos fundamentales, correspondiendo, por lo tanto, entrar a decidir sobre el fondo del asunto”¹⁶⁷.

Sin embargo, en un segundo momento, el TC dispuso que la posibilidad de titularizar derechos fundamentales por parte de los órganos estatales era incorrecta, desde que a éstos sólo correspondían atribuciones, en el sentido estricto de los términos. Veamos:

“El Estado, sus funcionarios y autoridades no gozan, (...) de derechos fundamentales en el sentido estricto del término, sino más bien de atribuciones (...) las mismas que ciertamente son importantes para el funcionamiento del Estado y sus instituciones (...). Es, en todo caso, la persona (desde una perspectiva más amplia, el ser humano) la que únicamente puede reclamar derechos para sí derechos como la vida, la libertad física o la intimidad, por poner tres casos específicos, lo que incluso armoniza con el artículo 1° de la Constitución Política del Estado”¹⁶⁸.

En tercer lugar, se aprecia la postura del TC permisiva a la posibilidad de que las personas jurídicas de derecho público sean titulares de derechos fundamentales. Esta posición que se encuentra sustentada en la función de protección y prestación de servicios públicos que realiza el Estado en el moderno constitucionalismo social, abre por lo pronto la puerta del amparo para impugnar actos que hayan sido adoptados en contra de los derechos al debido proceso y la tutela judicial de los entes estatales. Veamos:

Antes de entrar al fondo de la materia debe precisarse preliminarmente lo concerniente a la titularidad de las personas jurídico-públicas. El tema ha merecido interesantes y enconadas posiciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada. Y es que, en principio, las entidades públicas no tendrían derechos sino competencias. Por su parte, este Tribunal ya ha ido decantando su posición, expresando la posibilidad de que las personas jurídico-públicas puedan ser titulares de algún derecho fundamental como los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (véase, al respecto, las resoluciones de los Expedientes Nos 1150-2004-AA/TC, 2939-2004-AA/TC y 4972-2006-PA/TC FJ 12). No obstante, este Colegiado considera pertinente reforzar los fundamentos que sostienen esta posición (...).

[...] la relación Estado-Sociedad ha variado sobremanera desde la configuración del Estado en el siglo XIX a la actualidad. De una visión que proponía una división tajante entre ambos, se ha derivado a una relación más similar a la integración de uno y otra. Ello implicó un cambio en la organización estatal que devino en la creación de diversas entidades públicas encargadas de cumplir con las obligaciones propias de la administración y prestación de servicios. Dichas entidades, a fin de cumplir con sus funciones debían –en muchos casos– acudir al órgano jurisdiccional. A manera de ejemplo podría hacerse referencia a la Defensoría del Pueblo y a la SUNAT; aquella se encuentra facultada para interponer demandas de amparo en

¹⁶⁷ STC 1150-2004-AA, FJ. 1.

¹⁶⁸ STC 0007-2004-AI, FJ. 4.

virtud al artículo 40 in fine del Código Procesal Constitucional, mientras que ésta puede cuestionar vía el contencioso-administrativo las decisiones adversas emitidas por el Tribunal Fiscal, siempre que cumpla con lo establecido por el artículo 157 del Código Tributario. En tales supuestos, resulta evidente que el órgano jurisdiccional también tendrá que respetar los principios y derechos contenidos en el artículo 139 (entre ellos el numeral 3) de la Constitución, no solo por ser normas objetivas, sino también porque deben comprenderse como derechos fundamentales de las partes titulares del proceso”¹⁶⁹.

f) Eficacia vertical y horizontal.

Por otro lado, dicho carácter objetivo de los derechos fundamentales no se corresponde sólo en el ámbito de la actividad del Estado, sino también en el de la sociedad en su conjunto. Así la eficacia de los derechos fundamentales, como ha dicho el Tribunal Constitucional, no es sólo vertical sino también horizontal. Veamos como ha explicado el Tribunal este carácter de los derechos fundamentales como ley fundamental no solo del Estado sino también de la sociedad:

“La vinculación de los derechos hacia cualesquiera de los poderes y, en general, órganos públicos, es lo que hemos venido en denominar eficacia vertical de los derechos fundamentales. Tal eficacia no es sino consecuencia de la naturaleza preestatal de los derechos fundamentales y, por tanto, del carácter servicial del Estado para con ellos, en tanto que la persona humana se proyecta en él como el fin supremo (art. 1 de la Constitución).

En ese sentido, tenemos dicho que dentro de estos sujetos obligados para con el respeto y protección de los derechos fundamentales se encuentran todos los poderes públicos, es decir, los entes que forman parte del Estado, independientemente de su condición de órgano constitucional, legal o administrativo, y los grados e intensidad de autonomía que para con ellos el ordenamiento haya podido prever. [...]”¹⁷⁰.

“[...] [El] deber de protección que se deriva de [la] concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no sólo se encuentra el Estado, sino también a los propios particulares. [...] [E]sta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1° de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”¹⁷¹.

¹⁶⁹ STC 1407-2007-PA, FF.JJ. 5 y 9.

¹⁷⁰ STC 03179-2004-PA, FJ 17.

¹⁷¹ STC 00976-2001-PA, FJ 5.

“[...] el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical –frente a los poderes del Estado– y horizontal –frente a los particulares–. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales –justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros– recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional¹⁷².

“[...] Los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o inter privados (Cfr. STC N.º 1124-2001-PA/TC, entre otras). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38º de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales¹⁷³.

Esta eficacia horizontal, que el Tribunal ha fundamentado de diversas maneras, sin embargo, de acuerdo a la doctrina puede ser directa o indirecta, según la regulación de una situación jurídica de derecho privado pueda ser afectada directa o indirectamente por los derechos fundamentales. Veamos:

“Los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones inter privados cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad.

Como expresó la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en 1957, en el *Leandín Case Angel Siri*: “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos (...) esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *latu sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada (...) por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos (...)”

¹⁷² STC 10087-2005-PA. FJ 3.

¹⁷³ STC 06730-2006-PA/TC, FJ 9.

Aún menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia, considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de estos últimos cincuenta años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. (...)

Lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados".

En cambio, se dice que los derechos fundamentales sólo tienen eficacia indirecta cuando no tienen la capacidad de regular directamente las relaciones inter privados, sino que tal eficacia se materializa mediatamente a través de su recepción por la ley y la protección de los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes están llamados a aplicar las leyes y reglamentos de conformidad con la Constitución y, en especial, con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Tal teoría de la eficacia de los derechos fundamentales matiza la incidencia de éstos en el ámbito del derecho privado, filtrándolos a través de las normas propias de cada sector del ordenamiento (civil, laboral, etc.).

Desde esta perspectiva, un problema entre privados en materia de derechos fundamentales no es resoluble, en principio, mediante los procesos de la justicia constitucional de la libertad, sino a través de los que existen en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Lo anterior no quiere decir que tales problemas no puedan ser resueltos en algún momento a través del amparo, sino que, para que ello suceda, es precisa la mediación del juez ordinario, a quien por ficción, en caso de no dispensar una tutela adecuada, se le termina imputando la lesión de los derechos constitucionales. Como puede observarse, tal construcción en torno a la eficacia indirecta de los derechos se realiza en un marco donde es difícil salirse del esquema de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, de modo que mientras no exista acto estatal que se interponga, no es posible que mediante el amparo se pueda resolver este tipo de problemas.

Así sucede en España y en Alemania, países donde sus tribunales constitucionales, por disposición de sus leyes que los regulan, han proclamado que los derechos sólo pueden tener una eficacia indirecta o mediata entre particulares, por lo que a través del recurso de queja constitucional o del amparo no es posible que sean tutelados directamente [Alexei Julio Estrada, "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales", en Miguel Carbonell, Compilador, Teoría constitucional y derechos fundamentales, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F. 2002, Pág. 203 y ss.].

También es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya Corte Suprema, pese a los serios reparos que se la ha hecho, se ha negado a efectuar un control de constitucionalidad directo de los actos imputables a los particulares, entre tanto no exista una state action. De esa forma, los derechos reconocidos en la sucesivas

enmiendas al texto constitucional, se han comprendido como que sólo vinculan al Estado y no pueden invocarse si no es en presencia de una acción estatal presuntamente ilícita. [Juan María Bilbao Ubillos, Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (La noción de state action en la jurisprudencia norteamericana), McGraw-Hill, Madrid 1997].

En el caso peruano, si los derechos tienen una eficacia directa o indirecta en las relaciones entre particulares, es un asunto que la misma Constitución se ha encargado implícitamente de resolver. En efecto, aunque la Norma Suprema no contenga una cláusula expresa que lo prescriba, tal eficacia directa puede deducirse de los preceptos constitucionales a los que se ha hecho referencia en el Fundamento Jurídico N.º 6º de esta sentencia, y, además, del inciso 2) del artículo 200º, donde se preceptúa que "la acción de amparo, (...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier (...) persona"¹⁷⁴.

En un reciente pronunciamiento, el Tribunal ha extendido la aludida eficacia horizontal a los derechos fundamentales sociales, en los siguientes términos:

"De autos se puede advertir que, en el caso, si bien se trata de un contrato de prestaciones recíprocas, no por ello se puede atribuir, sin más, a la presente controversia una naturaleza civil o contractual, que deba ser resuelta al amparo de las normas de Derecho Privado, en la medida que el servicio brindado por la demandada es considerado como un *servicio público*, el cual atiende a la prestación de un específico derecho social fundamental como el derecho a la educación. Lo que cabe en todo caso determinar es si al amparo de la facultad que tiene la Universidad para efectivizar el cumplimiento de la obligación contractual asumida por el recurrente de pagar mensualmente la pensión de estudios correspondiente, puede restringir el derecho ius-fundamental a la educación del demandante, en la forma de impedir a éste rendir sus exámenes y poder concluir satisfactoriamente su ciclo de estudios. Lo que hace, en el presente caso, escapar al problema planteado de la esfera del derecho civil es, por tanto, la especial consideración que tiene el servicio prestado por la universidad dada su naturaleza de bien ius-fundamental y su proyectada eficacia, por tanto, -aunque con especiales peculiaridades- incluso en las relaciones entre particulares.

Como este Colegiado ha tenido ocasión de precisar en diversas oportunidades, la presencia o el ejercicio de un derecho fundamental en el orden privado no hace perder al mismo la calidad de tal, ni mucho menos su eficacia normativa o fuerza vinculante. Así, este Tribunal ha apreciado que:

"La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben

¹⁷⁴ STC 0976-2001-AA/TC, FF.JJ. 6-8.

guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales”.

La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares cobra, por otro lado, especial sentido en un contexto donde la presencia e importancia de la empresa privada en la vida económica y social del país es cada vez mayor, lo cual puede generar, además de grandes beneficios en atención al progreso material, serios peligros en el ejercicio de determinados derechos ius-fundamentales. En este marco, es también de especial preocupación la prestación que las empresas privadas brindan, hoy, de servicios considerados esenciales y que atienden necesidades básicas de la población, calificadas por nuestra Constitución como derechos fundamentales, como es el caso por ejemplo de la salud, la educación y las pensiones de cesantía.

En este sentido, la eficacia frente a particulares no se proyecta sólo al ámbito de los clásicos derechos civiles y políticos, como el honor, la asociación o el debido proceso, sino que encuentra un particular terreno de desenvolvimiento en los denominados derechos económicos, sociales y culturales o derechos de segunda generación. En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, el profesor Gerardo Pisarello, quien ha manifestado significativamente que:

“Frente a la creciente privatización de recursos y servicios que conforman el objeto de los derechos sociales, le incumbe más que nunca a los poderes públicos, si no ya la gestión directa de dichos recursos, la irrenunciable obligación de proteger los intereses de las personas en los mismos frente a afectaciones provenientes de agentes privados. Esta obligación exige ampliar el ámbito de aplicación de la llamada *Drittwirkung* constitucional, es decir, la posibilidad de vincular a los poderes sociales y económicos al cumplimiento, en materia de derechos sociales, a las obligaciones de respeto, promoción y no discriminación. Sobre todo, en situaciones de especial subordinación e indefensión de los destinatarios frente a prestadores privados (empleadores, proveedores de servicios públicos de salud, educación, agua potable, alimentos, electricidad, arrendadores de tierra o vivienda), así como en aquellas otras que, bajo el amparo de la Constitución, pudieran crearse por vía legal” (resaltado nuestro).

En dicho contexto, y a efectos de resolver la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const., esto es, con el objeto de determinar la naturaleza constitucional de la presente controversia, es necesario resaltar que en el presente caso, aún cuando inicialmente la relación entre la Universidad demandada y el recurrente del amparo, es una relación contractual regida por el Código Civil, la prestación o bien jurídico involucrado en dicha relación es el derecho a la educación superior del demandante, en una específica e importante dimensión como es la continuidad en la prestación educativa, libre de intervenciones arbitrarias o irrazonables¹⁷⁵.

¹⁷⁵ STC 0607-2009-PA/TC, FF.JJ. 2-5.

g) La distinta eficacia de los derechos fundamentales.

Otro aspecto saltante que el Tribunal también ha abordado es el distinto grado de eficacia de los derechos fundamentales según su naturaleza. En la distinción de los derechos fundamentales de *contenido constitucional directo* y los derechos fundamentales de *configuración legal*, que recoge la distinción conceptual realizada en la doctrina alemana entre normas reglas y normas principios, el Tribunal ha configurado el distinto grado de eficacia de los derechos fundamentales. Veamos:

“De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 0011-2002-AI, Fundamento 9).

A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que “[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.

Lo expuesto significa que en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta.

En efecto, tal como se ha precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la UDFT de la Constitución, “no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”. (STC 2945-2003-AA, Fundamento 36).

En esa perspectiva, entre los deberes del Estado previstos en el artículo 44º de la Constitución, no sólo se encuentra el garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, sino también “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los DESC requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

Los DESC cumplen efectos positivos, vinculando al Estado y a los particulares en la promoción de las condiciones para su cabal eficacia. Asimismo, generan efectos negativos, al proscribir toda conducta gubernamental o particular que niegue u obstaculice su goce y ejercicio.

Debe recordarse que “toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social. Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (Morón Díaz, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires 2000. Pág. 668).

En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”. (STC 2945-2003-AA, Fundamentos 18 y 33).

Así las cosas, en el Estado social y democrático de derecho, la *ratio fundamentalis* no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana¹⁷⁶.

h) La estructura de los derechos fundamentales.

Como es hoy ya conocido, a partir de las reflexiones sobre la nueva retórica, la tópica jurídica y, sobre todo, de la teoría de la argumentación jurídica se ha venido replanteando una serie de problemas que hoy permiten una interpretación con un blindaje argumentativo más acabado en el marco de la justicia constitucional. Así, en primer lugar, es bueno aludir a la definición de concepto jurídico indeterminado, dada la vinculación de esta categoría con la textura y estructura que presenta una norma de derecho fundamental.

¹⁷⁶ STC 1417-2005-PA/TC, FF.JJ. 13-19.

“La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.

Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social.

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto.

En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada”¹⁷⁷.

Por otro lado, avanzando de modo más específico en la naturaleza y estructura de una norma de derecho fundamental, el TC ha aludido a la conocida distinción entre norma-regla y norma-principio, planteada por Alexy, en estos términos:

— *Normas regla y normas principio.*

“Las distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre “normas regla” y “normas principio”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización”¹⁷⁸.

— *Las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental.*

“Tal como expresa Bernal Pulido, siguiendo la doctrina que Robert Alexy expone en su Teoría de los derechos fundamentales. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), “todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental” (Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 76).

De esta forma cabe distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental.

¹⁷⁷ STC 0090-2004-AI/TC, FJ. 10.

¹⁷⁸ STC 1417-2005-PA, FJ 11. Para una complementación, vid. *infra* “interpretación constitucional de la ley”.

Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

Tal como refiere el mismo Bernal Pulido, “Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que (...) presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo”. (Op. cit. pág. 80. Un criterio similar, Cfr. Alexy, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático, D&L, Nro. 8, 2000, pág. 12 y ss.).

Por ello, cabe afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos.

Estos atributos que, como se ha dicho, vinculan a todas las personas y que, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales de la libertad (sea el amparo, el hábeas corpus o el hábeas data).

Así las cosas, la estimación en un proceso constitucional de las pretensiones que pretendan hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental, se encuentran condicionadas, cuando menos, a las siguientes exigencias:

- a) A que dicha pretensión sea válida, o, dicho de otro modo, a que sea consecuencia de un sentido interpretativo (norma) que sea válidamente atribuible a la disposición constitucional que reconoce un derecho.

Por ejemplo, no sería válida la pretensión que amparándose en el derecho constitucional a la libertad de expresión, reconocido en el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución, pretenda que se reconozca como legítimo el insulto proferido contra una persona, pues se estaría vulnerando el contenido protegido por el derecho constitucional a la buena reputación, reconocido en el inciso 7º del mismo artículo de la Constitución.

En consecuencia, la demanda de amparo que so pretexto de ejercer el derecho a la libertad de expresión pretenda el reconocimiento de la validez de dicha pretensión, será declarada infundada, pues ella no forma parte del contenido constitucionalmente protegido por tal derecho; o, dicho de otro modo, se fundamenta en una norma inválida atribuida a la disposición contenida en el inciso 4) del artículo 2º constitucional.

b) A que en los casos de pretensiones válidas, éstas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. En otras palabras, una demanda planteada en un proceso constitucional de la libertad, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, contrario sensu, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

En efecto, dado que los procesos constitucionales de la libertad son la garantía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, no pueden encontrarse orientados a la defensa de los derechos creados por el legislador, sino sólo aquellos reconocidos por el Poder Constituyente en su creación; a saber, la Constitución.

En consecuencia, si bien el legislador es competente para crear derechos subjetivos a través de la ley, empero, la protección jurisdiccional de éstos debe verificarse en los procesos ordinarios. Mientras que, por imperio del artículo 200º de la Constitución y del artículo 38º del CPConst., a los procesos constitucionales de la libertad es privativa la protección de los derechos de sustento constitucional directo.

Lo expuesto no podría ser interpretado en el sentido de que los derechos fundamentales de configuración legal, carezcan de protección a través del amparo constitucional, pues resulta claro, en virtud de lo expuesto en el Fundamento II y ss. supra, que las posiciones subjetivas previstas en la ley que concretizan el contenido esencial de los derechos fundamentales, o los ámbitos a él directamente vinculados, no tienen sustento directo en la fuente legal, sino, justamente, en la disposición constitucional que reconoce el respectivo derecho fundamental.

Sin embargo, es preciso tener presente que prima facie las posiciones jurídicas que se deriven válidamente de la ley y no directamente del contenido esencial de un derecho fundamental, no son susceptibles de ser estimadas en el proceso de amparo constitucional, pues ello implicaría pretender otorgar protección mediante los procesos constitucionales a derechos que carecen de un sustento constitucional directo, lo que conllevaría su desnaturalización.

Y si bien la distinción concreta entre aquello regulado por la ley que forma parte de la delimitación del contenido directamente protegido por un derecho fundamental y aquello que carece de relevancia constitucional directa no es una tarea sencilla, los criterios de interpretación que sirvan a tal cometido deberán encontrarse inspirados, en última instancia, en el principio-derecho de dignidad humana, pues, como ha señalado Ingo Von Münch, si bien resulta sumamente difícil determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad humana, “manifiestamente sí es posible fijar cuándo se la está vulnerando” (Von Münch, Ingo. La dignidad del hombre en el derecho constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Año 2, Nro. 5, mayo – agosto, 1982, pág. 21)¹⁷⁹.

¹⁷⁹ STC 1417-2005-PA/TC, FF.JJ. 23-27.

i) Posiciones de derecho fundamental.

Otro concepto importante para entender la razón de ser de nuestra disciplina es la noción de “posición de derecho fundamental”, a la que en parte ya se ha aludido. La posición iusfundamental es la que sustenta la posibilidad de hacer judicialmente reclamables en un proceso constitucional determinado la protección de los derechos fundamentales y es la que se convierte, ingresada dicha posición en el proceso, en el sustento de la relación jurídico-procesal. Veamos como lo ha explicado el TC:

“[...] [L]as posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad. [...]”

“[...] [L]as posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos.

Estos atributos que, como se ha dicho, vinculan a todas las personas y que, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales de la libertad (sea el amparo, el hábeas corpus o el hábeas data)¹⁸⁰.

j) El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

Aún cuando el Código Procesal Constitucional ha reconducido el entendimiento del contenido protegido de un derecho a un aspecto de procedencia del amparo, el Tribunal ha ligado este concepto con otro concepto sustantivo propio de la teoría general de los derechos humanos como es la de “contenido esencial”. Veamos esta postura del TC.

“Tal como refiere Manuel Medina Guerrero, “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” (La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 41)

Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la de-

¹⁸⁰ STC 01417-2005-PA, FJ 24 *in fine* y 25.

terminación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto.

Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental¹⁸¹.

Más allá de esta vinculación, en un caso anterior, el Tribunal delimitó tres esferas del contenido de un derecho fundamental, distinguiendo entre contenido esencial, contenido no esencial y contenido adicional. Veamos:

“Frente a la clásica dualidad de contenidos de los derechos fundamentales, se impone como conveniente utilizar una nueva estructura, compuesta por tres elementos diferenciados.

Así,

“(…) 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 fundamentales¹⁸².

k) Límites y contenido esencial de los derechos fundamentales

No cabe duda que una de las características de los derechos fundamentales es su naturaleza binaria; esto es, que por un lado tienen un núcleo duro e inexpugnable de protección de

¹⁸¹ STC 01417-2005-PA, FF.JJ. 20-22.

¹⁸² STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 75.

nominado “contenido esencial”, y, por otro, que estos derechos tienen, igualmente, ciertos límites.

La doctrina suele distinguir dos tipos de límites: intrínsecos y extrínsecos. Los primeros devienen del carácter y naturaleza de cada derecho y de su función social. A su vez, en este tipo de límites, se suele diferenciar los límites objetivos derivados de cada realidad del específico derecho de que se trate; y los límites subjetivos que surgen de la actitud del titular del sujeto y de la forma cómo va a ejercitar su derecho.

Los límites extrínsecos devienen de esa existencia vinculada con el respeto y convivencia con otros derechos y que son obviamente impuestos por el ordenamiento. Este tipo de límites muchas veces los impone la propia Constitución en forma indirecta y directa; y en otros a través de cláusulas mediatas e indirectas.

Bajo este breve excurso teórico, el TC se ha pronunciado expresando que:

“los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, por cuanto su goce y ejercicio están limitados por otros derechos y bienes constitucionales”¹⁸³.

Y, más específicamente, frente a un derecho constitucional concretizado, siguiendo su propia línea teórica ha indicado que:

“los derechos fundamentales no son absolutos y, por ende, pueden ser restringidos con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De ahí que el derecho a la libertad de información puede ser restringido, razonablemente, cuando se trate de garantizar la seguridad personal del interno o la seguridad del establecimiento penitenciario”¹⁸⁴.

En esta perspectiva, el TC ha establecido que, además de situaciones extraordinarias donde puede restringirse el ejercicio de determinados derechos fundamentales, en circunstancias ordinarias también cabe la imposición de límites a los derechos fundamentales. Veamos:

“[Las restricciones explícitas ordinarias] (...) se presentan cuando, en un estado de normalidad constitucional, se estima necesario que deben protegerse otros derechos fundamentales o bienes jurídicos, de modo que, en atención a un estudio de razonabilidad, pueda limitarse el derecho a la libertad de tránsito. (...) [S]e incluyen dentro de las restricciones implícitas ordinarias (...) razones sanitarias, que son aquellas que se adoptan en resguardo de la plenitud físico-psíquica de la población”¹⁸⁵.

Sin embargo, el propio Tribunal ha aclarado que la limitación de los derechos fundamentales, no supone en modo alguno supresión, por lo que, incluso el poder de reforma constitucional debe respetar el contenido esencial de éstos, constituyéndose en un límite material al poder de reforma. Veamos:

“Como en diversas ocasiones ha tenido oportunidad de recordar este Tribunal, si bien en el Estado Constitucional de Derecho no hay derechos absolutos, pues, con poquísimas excepciones, todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos.

¹⁸³ STC 0003-2005-AI/TC, FJ. 42.

¹⁸⁴ STC 2700-2006-PHC/TC, FJ. 18.

¹⁸⁵ STC 4386-2009-PHC/TC, FJ. 10.

Una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción.

Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente.

En segundo lugar, del hecho que la "supresión y disminución de los derechos fundamentales" no puedan ser sometidas a referéndum, esto es, que se trate de materias que incluso no puedan ser decididas por el pueblo en cuanto poder constituido, se deriva que, en la totalidad del Texto Constitucional, las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales ocupan una posición muy especial, en cuanto recogen el plexo de valores materiales de todo el sistema constitucional y que, en ese sentido, legitiman toda la organización estatal.

Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional considera que las cláusulas que los reconocen constituyen verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá disponer "la disminución o supresión de los derechos fundamentales", ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Carta Política.

Desde luego, se trata de un límite que opera sólo en sentido negativo, esto es, que impide que el órgano de la reforma pueda suprimir o disminuir los derechos fundamentales; pero no en sentido positivo, es decir, la licitud de la reforma constitucional, si es que ella tiene por propósito ampliar, optimizar o reconocer nuevos derechos constitucionales"¹⁸⁶.

Respecto al contenido esencial, como ya se ha indicado, es ese ámbito que no puede ser objeto de desconocimiento y que suponga un "vaciamiento" de este núcleo duro que permite justamente afirmar un específico derecho. En este sentido, el Colegiado Constitucional ha afirmado que:

"todo ámbito contitucionalmente protegido de un derecho fundamental se conduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al

¹⁸⁶ STC 0014-2002-AI/TC, FF.JJ. 93-96.

margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona”¹⁸⁷.

Así, el TC ha concluido que no se trata de restarle valor a los derechos fundamentales, cuando se impone un límite, sino de armonizar dicho valor con la importancia que tienen también otros bienes del sistema jurídico-constitucional. Veamos:

“cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que, bajo determinadas circunstancias; y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que, ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento, se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo, el juez constitucional ocupa un papel gravitante”¹⁸⁸.

Finalmente, con relación al contenido esencial, el Tribunal ha explicitado de la siguiente manera las teorías que se han construido al respecto:

“La doctrina constitucional contemporánea, en referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales, ha construido determinadas teorías a fin de determinar cuál es ese contenido irreductible que está inmerso en la estructura de cada derecho fundamental.

Se han planteado tres teorías, básicamente. Según la teoría relativa, el contenido esencial no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, por lo que será todo aquello que queda después de una ponderación. No existe, pues, en esta teoría, un contenido esencial preestablecido, sino que éste debe ser determinado mediante la ponderación.

La teoría absoluta, por el contrario, parte del presupuesto de que en cada derecho fundamental existen dos zonas: una esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial -y en cuyo ámbito toda intervención del legislador se encuentra vedada- y otra parte accesoria o no esencial, en la cual son admisibles las intervenciones del legislador, pero a condición de que no sean arbitrarias, sino debidamente justificadas.

Para la teoría institucional, el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, no es algo que pueda ser desprendido de ‘por sí’ e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes constitucionalmente reconocidos también como merecedores de tutela al lado de los derechos funda-

¹⁸⁷ STC 1417-2005-PA/TC, FJ. 21.

¹⁸⁸ STC 0349-2004-AA/TC, FJ. 15.

mentales; y, de otro, que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no sólo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales. En este sentido, para el caso concreto, se determinará el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión¹⁸⁹.

1) Garantía de los derechos fundamentales.

En la concepción actual del Estado Constitucional no se comprende la existencia de unos derechos fundamentales sin la previsión de un conjunto de mecanismos para su defensa. Aquellos jurídicos que la Constitución prevé en su texto para dicha protección son lo que comúnmente se han dado en llamar “garantías constitucionales” y que en la moderna teoría procesal constitucional se llaman “procesos constitucionales” y que son el objeto de estudio de nuestra disciplina. Veamos como ha explicado el Colegiado Constitucional esta dimensión biunívoca entre derechos fundamentales y garantías constitucionales:

“Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, no sólo porque se desprenden de un texto normativo que es norma fundamental, sino por su dimensión axiológica de unión inseparable a la dignidad humana, fundamento último del orden constitucional. De este modo, aunque resulte obvio decirlo, también los jueces están sometidos en su actuación a los contenidos la Constitución. Ello supone desde luego, que todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces y no sólo los referidos a la tutela judicial efectiva [...]. Si todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces como a todo poder público, entonces: ¿qué pasa si una decisión jurisdiccional se emite violando flagrantemente un derecho que no se encuentre en la lista enunciativa del artículo 4° del CPConst.? [...]

El Tribunal considera en este sentido, que la enunciación de una lista de derechos que el legislador ha establecido como atributos de la tutela procesal efectiva, para efectos de controlar la actuación de los jueces o incluso de los fiscales en el ámbito de sus respectivas competencias relacionadas con los procesos judiciales, no agota las posibilidades fácticas para el ejercicio de dicho control, ni tampoco quiere significar una lista cerrada de derechos vinculados a la cláusula general de la tutela procesal efectiva. Esto se desprende además de la propia lectura del artículo 4° del CPConst. que al referirse a la tutela procesal efectiva lo define como “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos...”. Una lista enunciativa supone una referencia sobre los alcances de tal derecho, más no debe interpretarse como una lista cerrada de posibles infracciones, puesto que no se trata de un código de prohibiciones sino de posibilidades interpretativas para su mejor aplicación. Resulta por tanto razonable pensar que con tal

¹⁸⁹ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 104. Sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando hay restricción de derechos fundamentales, véase STC N.º 02637-2011-HC/TC, FJ. 2

enunciación no se está estableciendo la imposibilidad de que otros bienes constitucionales, y no solo la tutela procesal, puedan también resultar afectados mediante la actuación del poder jurisdiccional del Estado”¹⁹⁰.

“[...] [L]a Constitución ha establecido en el Título V, denominado “Garantías Constitucionales”, un conjunto de disposiciones que regulan, entre otras previsiones, los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data. Como se aprecia, nuestra Norma Fundamental ha consagrado un conjunto de garantías específicas para la protección de los derechos fundamentales, que constituye una tutela especializada (a cargo de jueces constitucionales) distinta a la tutela común (a cargo de jueces ordinarios).

Los «derechos fundamentales» y las «garantías para su protección» son institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos sólo podrían «realizarse» en la medida que cuenten con mecanismos «rápidos», «adecuados» y «eficaces» para su protección. Los derechos y sus mecanismos procesales de tutela se constituyen, así, en el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema democrático.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que ha declarado

El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. (Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párrafo 26).

Esta especial protección otorgada a los derechos fundamentales, ya sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, evidencia su condición de componentes estructurales y esenciales del ordenamiento jurídico. Por ello, teniendo en cuenta las dimensiones «subjetiva» y «objetiva» de los derechos fundamentales, los mencionados procesos constitucionales no sólo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, asegurando su contenido y removiendo aquellos obstáculos que interfieran en su plena efectividad, sino también atendiendo su dimensión de valores materiales del ordenamiento jurídico”¹⁹¹.

m) Deber de protección de los derechos fundamentales.

El Tribunal también ha reconocido que, anejo al derecho subjetivo de toda persona de lograr la protección de un derecho fundamental, a través de los remedios legales correspondientes, existe un especial deber de protección del Estado respecto de estos derechos. Veamos esta postura del TC:

“Si los derechos fundamentales cumplen una función de legitimación jurídica de todo el ordenamiento constitucional, y, al mismo tiempo, tienen una pretensión de

¹⁹⁰ STC 01209-2006-PA, FJ 24 y 26, ver RTC 1209-2006-PA, Aclaración de fecha 27 de octubre del 2006.

¹⁹¹ STC 04232-2004-PA, FJ 35 y 36.

validez, entonces tienen también la propiedad de exigir del Estado [y de sus órganos] un deber especial de protección para con ellos. Y es que si sobre los derechos constitucionales, en su dimensión objetiva, sólo se proclamara un efecto de irradiación por el ordenamiento jurídico, pero no se obligara a los órganos estatales a protegerlos de las asechanzas de terceros, entonces su condición de valores materiales del ordenamiento quedaría desprovista de significado.

No es ese el caso, desde luego, del ordenamiento constitucional peruano. En efecto, tal “deber especial de protección” al cual se encuentran obligados todos los órganos del Estado, sin excepción, se halla constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; y, en forma por demás significativa, en el artículo 44 de la Norma Suprema, según el cual “Son deberes primordiales del Estado: [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” [subrayado agregado].

En ese sentido, la constitucionalización del “deber especial de protección” comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados en aquellas zonas del ordenamiento en las que las relaciones jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales.

En este sentido debe diferenciarse lo que es propio de un derecho subjetivo de defensa contra el Estado, que tiene por propósito exigir la no injerencia arbitraria del Estado en la esfera subjetiva de un particular, de lo que es propio de un “deber especial de protección”, que es, en principio, indeterminado, e impone a los órganos del Estado, in suo ordine, que establezcan o adopten todas las medidas necesarias y adecuadas destinadas a preservar, proteger e, incluso, reparar las lesiones a los diferentes derechos constitucionalmente protegidos, cuando éstos han sido vulnerados o puestos en peligro por obra de terceros.

En el primer caso, el ejercicio del derecho fundamental depende de que el Estado o sus órganos no invadan ese ámbito de autonomía particular; en el segundo, se precisa la actuación del Estado, no para que el derecho fundamental pueda ejercerse [en el caso de los derechos prestacionales], sino para contrarrestar la conducta de terceros que ponen en peligro o lesionan esos derechos constitucionales”¹⁹².

En esta misma perspectiva, el TC ha establecido que dicho deber de protección no recae sólo en los órganos judiciales, sino que se extiende también a los órganos administrativos encargados de brindar protección a los derechos fundamentales. Veamos:

“Los poderes públicos, en general, tienen un deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona. Tal deber de protección exige la actuación positiva de aquéllos. Tratándose de órganos administrativos, tal función comprende todas aquellas actuaciones positivas que la Constitución o las leyes le atribuyen para la protección de

¹⁹² STC 0858-2003-AA/TC, FF.JJ. 7-8.

los derechos fundamentales, tanto frente a actos del propio Estado como respecto a los provenientes de particulares. En consecuencia, si un órgano administrativo omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos del propio Estado o de particulares, habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales y, en consecuencia, los habrá afectado. Como se aprecia, la lesión de derechos fundamentales del órgano administrativo tiene lugar aquí no como consecuencia de una acción, sino por la “omisión” de una actuación positiva¹⁹³.

4. Derechos constitucionales.

El Tribunal ha sostenido que en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales son todos a la vez derechos constitucionales, en tanto la Constitución ha recogido expresamente a todos ellos e incorpora vía la cláusula de los derechos innominados recogida en el art. 3, a todos los otros derechos que por su carácter de derivados de la dignidad humana o la forma democrática de gobierno se reputan también como fundamentales. Veamos esta posición del TC:

“[...] la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales¹⁹⁴.”

De otro lado, uno de los problemas que se ha presentado a lo largo de su ya dilatada labor jurisdiccional en el TC, es la de que un derecho constitucional implícito está sujeto a probanza. Si bien en materia de amparo, más que probanza de algún problema de derecho constitucional, es la forma cómo se esgrime la argumentación, el TC en este aspecto ha sostenido que:

“Que, en ese sentido, este Tribunal no estima que el asunto del reconocimiento de los derechos fundamentales en el caso de autos pueda suponer algún tipo de controversias que requieran ser objeto de probanza, como se ha esbozado en la resolución venida en grado, ya que ello es una cuestión que con criterio general el propio Constituyente ha formulado al incorporar en nuestro ordenamiento constitucional una lista bastante detallada de derechos fundamentales. No es, pues, el reconocimiento de los derechos fundamentales un tópico que pueda ser susceptible de ser sometido a probanza, pues ni aun con la cláusula de los derechos no enumerados que nuestra Constitución prevé en su artículo 3° cabe realizar tal propósito, puesto que, en este último caso, proveyéndose de diversas técnicas jurídicas, son los jueces constitucionales (y no las partes) los llamados a determinar si, con el tiempo, un atributo subjetivo no previsto originariamente en la Constitución puede ser catalogado, sin embargo, como un derecho constitucional, con todas las consecuencias que detrás de ello nuestro ordenamiento jurídico ha previsto¹⁹⁵.”

¹⁹³ STC 5637-2006-AA/TC, FJ. 11.

¹⁹⁴ STC 01417-2005-PA, FJ 4.

¹⁹⁵ STC N.º 0316-1998-AA/TC, fundamento 3.

5. Derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

Como lo señalara en su momento Norberto Bobbio, más allá de la fundamentación en torno a la naturaleza de los derechos fundamentales, lo importante hoy es garantizar su efectiva vigencia a través de determinados instrumentos procesales. En tal ubicación surge la idea en torno a la protección jurisdiccional de estos derechos esenciales. Así, el TC ha señalado que:

“Una interpretación "desde" la Constitución de aquellos dispositivos de las Leyes Nos. 23506 y 25398 no puede obviar que la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”¹⁹⁶.

“Esta especial protección otorgada a los derechos fundamentales da cuenta de su condición de componentes estructurales y esenciales del ordenamiento jurídico. Por ello, teniendo en cuenta las dimensiones «subjetiva» y «objetiva» de los derechos fundamentales, los mencionados procesos constitucionales no sólo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, asegurando su contenido y removiendo aquellos obstáculos que interfieran en su plena efectividad, sino también, en cuanto se trata de los valores materiales del ordenamiento jurídico”¹⁹⁷.

6. Garantía institucional.

Este concepto fue acuñado por Carl Schmitt y constituye aquel conjunto de ámbitos y atribuciones que tienen los diversos órganos constitucionales, y que no pueden ser desconocidas o suprimidas, sin dejar a dicho órgano sustancialmente disminuido en el ejercicio de las funciones conferidas. Aunque en términos parcos y con discreta jurisprudencia, ha sido abordado también por el TC peruano, el cual ha delineado al respecto lo siguiente:

“[E]s un instituto constitucionalmente protegido que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla; protege a la institución de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y persigue asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma que la conviertan en impracticable o irreconocible”¹⁹⁸.

¹⁹⁶ STC 01230-2002-PHC, FJ 4.

¹⁹⁷ STC 5374-2005-PA, FJ 3.

¹⁹⁸ STC 00010-2001-PI, FJ 4.

III. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

1. El Derecho Procesal Constitucional.

En lo que respecta al Derecho Procesal Constitucional como parcela del Derecho Procesal que se encarga de la regulación de los instrumentos necesarios para hacer efectiva la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha conceptualizado esta disciplina señalando que:

“[E]l derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución– debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado la ‘particularidad del proceso constitucional’. Significa ello que el derecho procesal constitucional ‘(...) implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales’. En este contexto, en consecuencia, el C.P.Const. tiene que ser entendido como un ‘derecho constitucional concretizado’. Esto es, al servicio de la ‘concretización’ de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada. Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme [a] una ‘interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales’, una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución (...). Se trata, en definitiva, de una interpretación teleológica de la norma procesal constitucional orientada a la concretización y optimización de los mencionados principios constitucionales materiales”¹⁹⁹.

Igualmente dentro del cosmopolitismo conceptual que ha venido desarrollando Peter Häberle, el TC ha asumido la postura de este ius-filósofo alemán señalando por otro lado que:

“Desde esta perspectiva del Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado, cabe decir que la interpretación de las disposiciones del Código Procesal Constitucional debe tender siempre a la mayor optimización o realización no solo del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también de los derechos fundamentales [...]”²⁰⁰.

Por otro lado, el Tribunal asume otros criterios en torno a la *naturaleza jurídica* de nuestra disciplina asumiendo otro enfoque ya no sólo procesal sino sustantivo; y diríamos hasta la postura de Nestor Pedro Sagüés que plantea que el Derecho Procesal Constitucional es de carácter mixto. Veamos:

“[...] [E]n sentencia anterior (Exp. 4903-2005-PHC/TC, FJ 3) el Tribunal Constitucional ha precisado que “(...) si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el

¹⁹⁹ RTC 00025 y 00026-2005-Pl. FJ 15, auto de admisibilidad.

²⁰⁰ STC 04903-2005-PHC. FJ 5.

que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y el proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales”. Ello implica que el Tribunal, pero también los jueces constitucionales, deben interpretar y otorgar contenido a las instituciones procesales a partir de una dimensión constitucional sustantiva –y no sólo adjetiva–, incluso de aquellas disposiciones que establecen los presupuestos procesales para la interposición de una demanda.

[...] [E]l Código Procesal Constitucional parte de un presupuesto constitucional de las instituciones procesales previstas en el mismo cuerpo normativo (artículo III del Título Preliminar), 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”. No obstante, ello sólo tiene plena aplicación en aquellos casos en los cuales se estima el ejercicio constitucionalmente legítimo de los derechos fundamentales que la Constitución del Estado reconoce. En la medida en que tales derechos tienen también una dimensión sustantiva, es decir que su ejercicio debe ser compatible con los principios constitucionales y valores constitucionales, debe tenerse en consideración, por parte del Tribunal Constitucional y de los jueces constitucionales, al momento de calificar los presupuestos procesales de una demanda, entendidos estos como los requisitos insubsanables que, referidos al proceso constitucional en conjunto, condicionan que este se realice válidamente y, por ello, a su término se pueda dictar una resolución sobre el fondo del asunto”²⁰¹.

2. Teoría procesal constitucional.

Como ya ha quedado dicho, el Tribunal Constitucional ha entrado a definir el Derecho Procesal Constitucional y a otorgarle una caracterización específica propia de su fin instrumental de protección de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales. Acorde con esta caracterización específica de esta disciplina adjetiva, el Colegiado Constitucional también ha desarrollado una teoría procesal constitucional que sirva de base teórica a esta forma de entender el proceso constitucional y de interpretar bajo pautas singulares las normas procesales constitucionales. Veamos:

“[...] atendiendo a la naturaleza y fines del proceso de amparo, la teoría constitucional procesal construida por la doctrina y la jurisprudencia de este Colegiado adquiere especial relevancia, en tanto implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales, obligando a efectuar una lectura iuspublicista de este proceso constitucional, y no privatista, ya que puede desdibujar sus contornos. Lo que determina, como bien aprecia Pedro de Vega, que “so pena de traicionarse los objetivos últimos de la justicia constitucional, no se pueden acoplar a ella algunos de los principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario. Piénsese, por ejemplo, en el principio de justicia rogada (da mihi factio dabo

²⁰¹ STC 02118-2005-PA, FJ 2 y 3. Vid., igualmente, RTC 04087-2007-PA, FJ 2.

tibi jus). No se comprendería que a la hora de declarar anticonstitucional una determinada ley, el juez constitucional –y en virtud del principio inquisitivo, contrario al de la justicia rogada– no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles”.

En consecuencia, la interpretación e integración de las normas procesales aplicables al proceso de amparo, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirven los procesos constitucionales –la Constitución–, debe realizarse atendiendo a la autonomía y supremacía que este representa respecto al resto del ordenamiento jurídico fundado en la legalidad. Por tal razón, “esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme a una interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales, una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución”²⁰².

Nuevamente el TC, afirmando más sobre lo mismo, reitera su postura; y, por otro lado, formula un deslinde entre esta nueva disciplina y los clásicos desarrollos de los predios del Derecho Procesal Civil. Está fuera de duda que el Código Procesal Constitucional tutela básicamente derechos públicos subjetivos, y el Código Procesal Civil, derechos subjetivos privados. El primero supone el uso de la técnica de la ponderación de normas-principio, y el segundo el uso de la técnica de la subsunción de normas-regla. Veamos:

“Este Tribunal ha señalado que el Derecho Procesal Constitucional debe ser considerado como un Derecho Constitucional concretizado (entre otros, sentencia del Expediente N.º 4903-2005-PHC/TC), y sus institutos deben ser relativizados, en pos de la protección de los derechos constitucionales y la primacía de la Norma Fundamental. Ello también se encuentra de la mano con la autonomía procesal constitucional (entre otros, sentencias del Expediente N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC y del Expediente N.º 05033-2006-PA/TC).

El alejamiento del Derecho Procesal Constitucional de las categorías clásicas del Derecho Procesal se basa en que las distintas áreas del Derecho tienen un ámbito sustantivo y adjetivo en paridad de condiciones, tal como sucede, por ejemplo, en el Derecho Civil, donde la regulación procesal tiene la misma jerarquía que la existente a la sustantiva, pues tanto el Código Civil como el Código Procesal Civil tienen el rango de ley. Esto no sucede, por el contrario, en el ámbito constitucional. El Código Procesal Constitucional debe procedimentalizar las cuestiones sustantivas que se encuentran en la Constitución, norma que tiene claramente un nivel jerárquico superior, motivo por el cual, y tomando en cuenta el principio institucional de la interpretación conforme a la Constitución (recogido, entre muchos, en el fundamento 4 de la sentencia de la sentencia del Expediente N.º 1679-2005-PA/TC o en el fundamento 8 de la sentencia del Expediente N.º 0002-2003-AI/TC), el Código Procesal Constitucional debe ser entendido, comprendido y analizado de acuerdo los contenidos existentes en la Norma Fundamental. Tan cierto es eso que los fines del proceso constitucional, que el propio Código reconoce en el artículo II de

²⁰² STC 00023-2005-PI, FJ 17 y 18.

su Título Preliminar, son la primacía constitucional y la protección de los derechos”²⁰³.

3. Principio de autonomía procesal.

Como ya ha quedado dicho en las líneas precedentes, el Tribunal Constitucional peruano ha asumido la doctrina alemana de la “autonomía procesal”. El particular activismo de nuestro Colegiado Constitucional no ha quedado relegado al ámbito material o sustantivo, sino que con el objeto de procurar una protección más adecuada de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, el Tribunal ha ingresado a perfeccionar el proceso constitucional delineado por el legislador, más allá de los métodos tradicionales de interpretación e integración jurídica. Consciente sin embargo de la afectación del principio de seguridad jurídica que en algunos casos dicha configuración jurisprudencial del proceso puede generar, el TC también ha desarrollado ciertos límites a dicha potestad. Si bien el tema no es nada pacífico y, muy por el contrario, sigue abierto, en los hechos el TC viene impulsando restricciones en torno a su uso²⁰⁴. Veamos los diversos aspectos que el Tribunal ha desarrollado sobre la autonomía procesal.

— *Noción.*

“Según [el principio de autonomía procesal], este Tribunal detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del CPCConst, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema –vacío o imperfección de norma– que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se incorpora, desde entonces, en la regulación procesal constitucional vigente.

Que el establecimiento de la norma, en cuanto acto de integración, debe orientarse a la realización y optimización de los fines del proceso constitucional y, en particular, efectuarse en consideración de la particularidad del derecho procesal constitucional en cuanto derecho constitucional concretizado”²⁰⁵.

“Esta capacidad para delimitar el ámbito de sus decisiones por parte del Tribunal tiene como presupuesto la necesidad de dotar de todo el poder necesario en manos del Tribunal para tutelar los derechos fundamentales más allá incluso de las intervenciones de las partes, pero sin olvidar que la finalidad no es una finalidad para el atropello o la restricción. Este “sacrificio de las formas procesales” sólo puede encontrar respaldo en una única razón: la tutela de los derechos, por lo que toda práctica procesal que se apoye en este andamiaje teórico para atropellar los derechos o para disminuir su cobertura debe ser rechazado como un poder peligroso en

²⁰³ STC 7873-2006-PC/TC, FJ. 7.

²⁰⁴ ETO CRUZ, Gerardo: “La autonomía procesal del Tribunal Constitucional. Luces y sombras en torno a un concepto no cerrado”, en *Parlamento y Justicia Constitucional*, Javier Velásquez Quesquén (Compilador), Fondo Editorial del Congreso, Lima, 2009, pp. 39-63.

²⁰⁵ RTC 0025-2005-PI, FJ 19 y 20. Auto de admisibilidad.

manos de los jueces”²⁰⁶.

“[...] [P]or el principio de autonomía procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de [el Tribunal Constitucional], conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del CPConst.).

El artículo III del Título preliminar del CPConst. establece la obligación del juez constitucional de

“adecuar la exigencia de las formalidades previstas en éste Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales.

En efecto, mediante su autonomía procesal el Tribunal Constitucional puede establecer reglas que tengan una pretensión de generalidad y que puedan aplicarse posteriormente a casos similares, siempre que estas reglas tengan como finalidad perfeccionar el proceso constitucional, y se encuentren limitadas por el principio de separación de poderes, la ya mencionada vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad”²⁰⁷.

— *Titularidad.*

“El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales.” (RTC 00020-2005-PI, FJ 2 Auto de admisibilidad)

— *Modulación de su aplicación.*

“El Tribunal Constitucional, de conformidad con el principio de autonomía, reconocido en el artículo 201º de la Constitución, tiene la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales, en general, y en el proceso de amparo, en particular. Este principio de autonomía procesal permite al Tribunal Constitucional determinar, en atención a las circunstancias objetivas de cada caso y a las consecuencias que puedan generar los efectos de sus sentencias, el contenido de ellas. Es así como, por ejemplo, el artículo 55º del Código Procesal Constitucional ha previsto un haz de posibilidades para el caso en que la demanda sea declarada fundada. Pero también, en aquellos casos en lo cuales no se estima la demanda, este Colegiado puede ponderar, con cri-

²⁰⁶ STC 04119-2005-PA, FJ 38 in fine.

²⁰⁷ STC 1417-2005-PA, FJ 48.

terios objetivos y razonables, los términos de su decisión, tal como ya ha procedido en anteriores oportunidades (Exp. 2694-2004-AA/TC)²⁰⁸.

— *Límites.*

“[...] [E]sta atribución está sujeta a tres límites:

-Primero, la regulación constitucional y legal en donde se han establecido los principios fundamentales del proceso constitucional, en este caso el artículo 200° de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puesto que la complementación a la cual puede avocarse el Tribunal no supone una ampliación de sus competencias.

-Segundo, se realiza en base al uso del Derecho Constitucional material, pero no de manera absoluta; es el caso, por ejemplo, de las lagunas existentes en las prescripciones procesales legales que se detectan y cubren mediante la interpretación que realiza el Tribunal, en el cumplimiento de las funciones que le están encomendadas por la Constitución, empleando para ello determinadas instituciones procesales -como la del litisconsorte facultativo a la que se recurre en la presente resolución-. El espectro es bastante amplio, por ejemplo respecto a plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones y demás situaciones que, no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su praxis jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto. No obstante, esta aplicación analógica no debe entenderse como una mera translación mecánica de instituciones.

-Tercero, debe reconocer el lugar que ocupa el Derecho Procesal Constitucional dentro del ámbito del Derecho Procesal general, afirmándose la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, sin que ello suponga negar las singularidades de la jurisdicción constitucional y los principios materiales que la informan; lo contrario comportaría el riesgo de someterse a un positivismo jurídico procesal basado en la ley²⁰⁹.

4. Materias u objeto de estudio del Derecho Procesal Constitucional.

Si un triunvirato pacífico de materias existe en nuestra disciplina, como objeto de estudio, por lo menos en términos consensuales por el grueso de conmlitonos del Derecho Procesal Constitucional, es que esta disciplina tiene, en lo fundamental, tres grandes materias, a saber:

- a) La jurisdicción constitucional.
- b) Los procesos constitucionales; y

²⁰⁸ STC 5033-2006-PA, FJ 62.

²⁰⁹ RTC 00020-2005-PI, FJ 3 Auto de admisibilidad.

c) La magistratura constitucional.

Veamos por lo menos en términos panorámicos cómo ha concebido o se ha pronunciado nuestro TC en torno a esta triarquía de materias.

4.1. Jurisdicción constitucional.

Desde el Primer Coloquio que se desarrollara en Heidelberg, en donde se acuñara la idea de que la jurisdicción constitucional constituye todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución, a la actualidad, ha pasado mucha agua bajo el puente. Actualmente, la jurisdicción constitucional se concibe no sólo como un medio jurídico de defensa del texto constitucional, sino como un verdadero medio de logro del consenso social y de la configuración de la sociedad en base a los valores, principios y derechos que la Constitución encarna. Veamos, como el Tribunal ha asimilado este concepto hoy ecuménico en los estados constitucionales:

— *Noción.*

“[...] la afirmación del doble carácter de los procesos constitucionales [...] [y la] necesaria la configuración de un proceso constitucional en el que subyace una defensa del orden público constitucional [...] permite definir la jurisdicción constitucional no en el sentido de simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden constitucional (normatividad) y de la realidad social (normalidad) en conjunto; pues, con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor”²¹⁰.

— *Función pacificadora.*

“La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda”²¹¹.

— *La jurisdicción constitucional en general y el TC en particular como elementos de equilibrio en el Estado social y democrático de Derecho.*

“A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega

²¹⁰ STC 00023-2005-PI, FJ 12.

²¹¹ STC 00005-2005-CC, FJ 59.

mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias.

Es por ello que el artículo 45º de la Constitución dispone que el poder del Estado emana del pueblo y todo aquel que lo ejerce lo debe hacer con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Consiguientemente, velar por el respeto de la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 2º del CPConst.) no son funciones que competan de modo privativo al Congreso de la República, sino que las comparten, in suo ordine, todos los poderes públicos.

De ahí que el artículo 38º prevea el poder-deber de los jueces de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas (control difuso); y de ahí que los artículos 200º, inciso 4; 201º; 202º, inciso 1; 203º, y 204º hayan regulado el proceso de inconstitucionalidad ante el TC, confiando a éste la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes viciadas de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarlas de conformidad con la Constitución (control concentrado). Las sentencias emitidas en este proceso tienen efectos generales, vinculan a todos los poderes públicos y adquieren calidad de cosa juzgada (artículos 81º y 82º del CPConst.).

De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a "la mayoría", se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.

Este poder de la jurisdicción constitucional (control difuso y concentrado de las leyes) conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas²¹².

4.2. Los procesos constitucionales.

Con relación a los procesos constitucionales como objeto específico de tratamiento de nuestra disciplina, el Tribunal ha desarrollado diversos aspectos de su objeto y naturaleza. Entre ellos, el Tribunal ha dado especial énfasis a su objeto o finalidad constitucional, a su doble naturaleza de proceso objetivo y subjetivo (doble naturaleza que repite la efectuada con relación a los derechos fundamentales) y a las características especiales que ostentan respecto a los procesos ordinarios. Veamos dichas aristas desarrolladas por el Tribunal:

— *Finalidad.*

“El proceso constitucional tiene como objetivo asegurar el funcionamiento adecuado del orden constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, tal como lo ha previsto el artículo II del Título Preliminar del CPCo, el cual, a la letra, dice: Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la pri-

²¹² STC 0030-2005-AI/TC, FF.JJ. 42-45.

macía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. De esta manera, el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que, por su intermedio, se demuestra la supremacía constitucional. Y es que, gracias a ello, este Colegiado cumple sus funciones esenciales, tanto reparativas como preventivas (artículo 2° del CPCo)”²¹³.

— *Doble naturaleza.*

“[...] en el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la comprenden la tutela objetiva de la Constitución. Pues la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales. Siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro.

Por todo ello, la afirmación del doble carácter de los procesos constitucionales resulta ser de especial relevancia para el análisis constitucional a realizar por este Colegiado, pues este caso amerita una valoración de esta dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de bienes institucionales. En consecuencia, se hace necesaria la configuración de un proceso constitucional en el que subyace una defensa del orden público constitucional”²¹⁴.

— *Tipos de procesos constitucionales.*

“La instauración de procesos específicos para la tutela de los derechos fundamentales ha constituido uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. Ello se explica porque en los procesos constitucionales se busca no sólo la protección de los derechos fundamentales, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo. De ahí que se haya señalado que dichos procesos deben ser capaces de comprender no sólo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la Constitución.

La doctrina constitucional comparada ha establecido que existen básicamente dos tipos de procesos constitucionales. En primer lugar, están los procesos destinados al afianzamiento de los derechos fundamentales; y, en segundo lugar, los procesos constitucionales que aseguran la supremacía de la Constitución.

²¹³ STC 002877-2005-HC FJ 5.

²¹⁴ STC 00023-2005-PI. FJ 11 y 12.

Los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales hallan su fundamento en el doble carácter de dichos derechos. En efecto, los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos, sino también instituciones objetivas. En esta última dimensión, los derechos fundamentales comportan valores que informan todo el ordenamiento jurídico; de ahí que su tutela y protección no sólo sea de interés para la persona titular de ese derecho, sino para la colectividad en general, pues su transgresión implica un cuestionamiento al propio ordenamiento constitucional.

Por otro lado, existen procesos constitucionales que están destinados a la defensa del principio de supremacía de la Constitución, lo cual quiere decir que se busca asegurar la propia noción de Constitución, ya que sin la efectividad del principio de supremacía, las normas constitucionales se descalificarían ubicándose al mismo nivel que ocupan las normas legales ordinarias.

Precisamente, el Código Procesal Constitucional (artículo II del Título Preliminar) ha establecido que los procesos constitucionales tienen como finalidad, por un lado, garantizar el principio jurídico de la supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución) y, por otro, preservar la observancia de la vigencia de los derechos fundamentales de la persona (artículo 1° de la Constitución)²¹⁵.

— *Diferencia con los procesos ordinarios.*

“La consagración constitucional de estos procesos les otorga un especial carácter, que los hace diferentes de los procesos ordinarios en cuatro aspectos: 1) Por sus fines, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales; 2) Por el rol del juez, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; 3) Por los principios orientadores, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de favor processum o pro actione, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales; y 4) Por su naturaleza, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no sólo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia”²¹⁶.

4.3. Magistratura constitucional

En nuestro modelo de jurisdicción constitucional, los órganos que imparten justicia constitucional son dos: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Ambos gozan, en materia de procesos constitucionales, tanto de la potestad de conocer exclusivamente determinados proce-

²¹⁵ STC 0266-2002-PA/TC, FJ. 5.

²¹⁶ STC 00023-2005-PI, FJ 10. Vid. igualmente STC 0266-2005-AA, FJ. 6.

sos, como de conocerlos de forma compartida. Así, el Poder Judicial conoce, de modo exclusivo, el proceso de acción popular; mientras el Tribunal Constitucional, conoce exclusivamente del proceso de inconstitucionalidad como del proceso competencial. Por su parte, ambos órganos conocen de los procesos de tutela de derechos, como el proceso de hábeas corpus, el amparo, el hábeas data y el proceso de cumplimiento, siendo el Tribunal Constitucional el órgano jerárquicamente superior en esta materia, pues resuelve estos procesos en última y definitiva instancia, ante las resoluciones denegatorias emitidas por el Poder Judicial.

4.3.1. Poder Judicial

En nuestro país, el rol asignado al Poder Judicial en la defensa de la Constitución es de vital importancia. Además, de las potestades ya señaladas de impartir justicia constitucional en los procesos de tutela de derechos, donde es el juez de primera instancia quien se encuentra más vinculado a la protección urgente y efectiva de los derechos fundamentales; el Poder Judicial tiene por mandato de los artículos 51 y 138 de la Constitución, el poder-deber de preferir la Constitución antes que una norma de rango legal, cuando en cualquier tipo de controversia, se suscite un conflicto entre la norma legal y un precepto constitucional. De este modo, el Poder Judicial tiene el poder y el deber de ser un contralor permanente de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico. Veamos cómo el TC ha expresado esta idea:

“El Poder Judicial, en el Estado peruano, administra justicia y cumple la función esencial de controlar el poder; es decir, fiscaliza al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, conforme al segundo párrafo del artículo 138.º de la Constitución. Para poder cumplir con esta función, encomendada por la Constitución, es que el inciso 2) del artículo 139.º de la Norma Suprema consagra el principio de independencia judicial frente a los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas y privadas, y ciudadanos en general. Al respecto, y en lo que toca al principio de separación de poderes y la función jurisdiccional, hemos establecido que dentro de: “(...) la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.” (Exp. N.º 0023-2003/AI, Fundamento N.º 7). En esta oportunidad, este Colegiado añade que la función jurisdiccional también constituye una garantía contra las actuaciones arbitrarias de los particulares.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “(...) a efectos de precisar los alcances y contenidos del mandato constitucional que nos define como una República Democrática, este Tribunal considera que la eliminación de toda práctica violenta y autoritaria no sólo debe limitarse a la vida política, sino también abarcar la convivencia social y todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos; por ello, es de suma importancia enfatizar que en nuestro régimen constitucional sólo debe imperar el diálogo y los medios pacíficos para resolver los conflictos”. (Exp. N.º 1027-2004-AA/TC, Fundamento N.º 13). Está fuera de duda que el Poder Judicial es el órgano estatal que tiene como principales funciones resolver los conflictos, ser el primer garante de los derechos fundamentales y ejercer el poder punitivo del Estado, canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente”²¹⁷.

²¹⁷ STC 0004-2004-CC/TC, FF.JJ. 31-32.

Sin embargo, esta competencia que asume el Poder Judicial en el ámbito de la protección de los derechos y el control del poder, no significa que este organismo constitucional no se halle él mismo vinculado a los valores y principios que se encarnan en la Constitución. Por ello el TC ha expresado en múltiples ocasiones la sujeción de la validez de las resoluciones judiciales al respeto del marco constitucional, en el cual dicho ente se desenvuelve:

“La potestad de impartir justicia por el Poder Judicial le ha sido asignada por la Constitución, por la voluntad popular, aun cuando los jueces no sean elegidos directamente por medio de sufragio directo –salvo los jueces de paz, que son designados por elección popular (artículo 152º de la Constitución)–. Sin embargo el ejercicio de dicha facultad requiere que se realice dentro de un marco de observancia y plenario respeto de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones de otros poderes u órganos constitucionales del Estado”²¹⁸.

a) Principios esenciales que informan la función jurisdiccional.

Desde otra perspectiva, el TC ha reconocido los principios esenciales que informan la función jurisdiccional y que constituyen derechos o garantías de los ciudadanos, a la vez que normas objetivas que imponen determinados deberes a los jueces del Poder Judicial. Veamos:

— *El principio de unidad de la función jurisdiccional.*

“La unidad ha de ser comprendida, en principio, como la negación de la idea de la fragmentación jurisdiccional; y esto porque, por motivaciones derivadas de la esencia, carácter y calidad de la función de dirimir en los conflictos interindividuales de contenido estrictamente jurídico, se hace patente la necesidad, dentro de lo razonable, de asegurar la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial.

El principio de unidad permite que la función jurisdiccional sea ejercida por una entidad “unitaria”, a efectos de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; y, con ello, que todos los justiciables se encuentren, en principio y como regla general, sometidos a los mismos tribunales, sin que se considere constitucional la existencia de fueros especiales o de privilegio en “razón” de la mera e inadmisibles diferenciación de las personas o de cualquier otra consideración absurda.

En la sentencia recaída en el Exp. 017-2003-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de unidad de la función jurisdiccional: “(...) se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e interdependientes entre sí, denominado Poder Judicial(...)”²¹⁹.

²¹⁸ STC 0006-2006-CC/TC, FJ. 14.

²¹⁹ STC 0023-2003-AI/TC, FF.JJ. 16-17.

— *El principio de exclusividad de la función jurisdiccional.*

“(…) afecta, de un lado, al status jurídico de los magistrados y, por otro, al orden funcional del órgano de la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con el primero, los jueces que forman parte del Poder Judicial están dedicados única y exclusivamente a ejercer la jurisdicción, esto es, a ejercer funciones de naturaleza judicial, de modo que el ejercicio de la función que se les confía a los jueces y magistrados es incompatible con cualquier otra actividad pública y privada, con la única excepción de la docencia universitaria, y siempre que ella se ejerza fuera del horario de trabajo judicial, como precisa el artículo 146° de la Norma Suprema.

De acuerdo con el segundo, sólo el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional del Estado, sin que algún otro poder público pueda avocarse al ejercicio de dicha función. Así, es el Poder Judicial, en principio, el único de los órganos estatales a quien se ha confiado la protección jurisdiccional de las situaciones subjetivas y de los intereses y bienes jurídicamente relevantes, no pudiéndose establecer ninguna jurisdicción independiente (artículo 139, inciso 1), o que otros órganos realicen el juzgamiento de materias confiadas a él ya sea por comisión o por delegación, o por “órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación” [incisos 1 y 3, artículo 139° de la Constitución]²²⁰.

“De otro lado, fuertemente vinculado con el principio de unidad se encuentra el mencionado principio de exclusividad de la función jurisdiccional. En general, conforme al primer y segundo párrafos del artículo 146 y al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, y como se desprende de lo expuesto en las aludidas sentencias de este Colegiado, este principio posee dos vertientes:

a) **Exclusividad judicial en su vertiente negativa:** se encuentra prevista en el artículo 146, primer y segundo párrafos, de la Constitución, según la cual los jueces no pueden desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional, salvo la docencia universitaria. En efecto, en el desarrollo de la función jurisdiccional los jueces sólo pueden realizar esta función, no pudiendo laborar en ninguna otra actividad ya sea para el Estado o para particulares, es decir, que un juez, a la vez que administra justicia, no puede desempeñar otros empleos o cargos retribuidos por la administración pública o por entidades particulares. Esta vertiente del principio de exclusividad de la función jurisdiccional se encuentra directamente relacionada con el principio de imparcialidad de la función jurisdiccional, pues tiene la finalidad de evitar que el juez se parcialice en defensa del interés de una determinada entidad pública o privada.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional implica, en su vertiente negativa, que los jueces militares no puedan desempeñar ninguna otra función que no sea la jurisdiccional para el conocimiento de materias como los delitos de la función exclusivamente castrense, salvo la docencia universitaria, es decir, no podrán desempeñar ninguna función de carácter administrativo militar o de mando castrense, entre otras.

²²⁰ STC 0017-2003-AI/TC, FF.JJ. 116-117.

b) **Exclusividad judicial en su vertiente positiva:** se contempla en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución, según el cual sólo el Poder Judicial puede ejercer función jurisdiccional, salvo el caso de las excepciones ya mencionadas del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la jurisdicción militar, entre otros. En otras palabras, en un Estado Constitucional de Derecho, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden arrogarse la función jurisdiccional, pues, como se ha mencionado, esta actividad le corresponde exclusivamente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones y a la jurisdicción militar, entre otros.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional implica, en su vertiente positiva, que sólo los jueces de la jurisdicción especializada en lo militar –ya sea que esta se encuentre dentro o fuera del Poder Judicial– podrán conocer los denominados “delitos de la función militar”²²¹.

— *El principio de independencia en la función jurisdiccional.*

“La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar [“es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa”]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación”²²².

“[...]el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones:

²²¹ STC 0004-2006-AI/TC, FJ. 15.

²²² STC 0023-2003-AI/TC, FF.JJ. 28, 29, 31 y 33.

a) **Independencia externa.** Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta.

En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía, entre otros casos.

Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)”; y “El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”, respectivamente.

De otro lado, es importante precisar que lo expuesto en los párrafos precedentes no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometida a crítica. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho “de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”; y del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias.

Tal derecho a la crítica de las resoluciones judiciales también tiene límites, entre los que destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a esta.

b) **Independencia interna.** De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y,

2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el principio de independencia judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.

En cuanto al segundo punto, el principio de independencia judicial implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros”²²³.

— *El principio de imparcialidad en la función jurisdiccional.*

“En la mencionada sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que mientras el principio de independencia judicial, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas al proceso, ya sea que provengan de fuera de la organización o de dentro de ella, el principio de imparcialidad, estrechamente ligado al principio de independencia funcional, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso. El principio de imparcialidad posee dos acepciones:

a) **Imparcialidad subjetiva.** Se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso. El caso de la jurisdicción especializada en lo militar constituye un supuesto especial en el que se pueden presentar serios inconvenientes para la imparcialidad. Así pues, “El riesgo reside en el grado y en el distintivo militar, peligroso según Venditti para la formación de la voluntad judicial; puesto que el militar en tanto que integrante de una jerarquía, es llevado por su propia naturaleza y forma mentis a ser sensible a las directrices superiores. La extracción militar de todos los miembros de la jurisdicción militar puede provocar el predominio de sentimientos, tales como el espíritu de casta o la defensa de los intereses castrenses. (...) Más allá de las causas previstas legalmente como posibles atentados a la imparcialidad del juez, el entorno de la

²²³ STC 0004-2006-AI/TC, FJ. 18.

justicia militar puede arrastrar al juez a resolver los asuntos con parcialidad por la especial situación de juez y parte con que ejerce su función. Esta parcialidad se nutre de valores militares como la jerarquía, disciplina, obediencia y subordinación, pero especialmente el de unidad”.

b) **Imparcialidad objetiva.** Está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

De este modo, no puede invocarse el principio de independencia en tanto existan signos de parcialidad, pues según el entero del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual comparte este Colegiado: “[Un] Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...); debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)”²²⁴.

“[S]i bien el ejercicio de la libertad de expresión también debe ser aplicado al ámbito de la administración de justicia, es posible admitir restricciones a este derecho en el caso de los jueces cuando con ellas se resguarde la confianza ciudadana en la autoridad y se garantice la imparcialidad del Poder Judicial.

En estos casos, los límites a la libertad de expresión de los jueces deben ser interpretados de manera restricta y debidamente motivada -al igual que toda restricción al ejercicio de derechos fundamentales-; por ello, cualquier posible limitación solo encontrará sustento si deriva de la propia ley o cuando se trate de resguardar el correcto funcionamiento de la administración de justicia”.²²⁵

“La situación especial del juez en el modelo democrático que el Perú ha asumido amerita una constitucional limitación en el ejercicio de sus libertades de información y de expresión. La necesidad que la sociedad forme su propia opinión acerca de hechos con trascendencia vital para afianzar una sociedad democrática no admite que el juez comente o relate algo sobre el caso que está analizando, en vista de que él es el encargado de dirimir controversias y solucionar conflictos. Cuando evacúa un discurso expresivo o informativo podría afectarse gravemente el principio de imparcialidad judicial, viciando el proceso y quebrando la tutela procesal efectiva [artículo 139º, inciso 3 de la Constitución; artículo 4º del Código Procesal Constitucional]. Una declaración inadecuada terminaría afectando derechos de las personas, por lo que cualquier opinión o información con referencia al ámbito de un proceso, ya sea por la forma o por el fondo, traerá consecuencias negativas.

La imparcialidad del juez no puede ponerse en duda de ninguna forma, menos aún a través de una actitud negligente por parte del propio juez. En esa perspectiva se ha desarrollado la teoría de las apariencias, que previene que debe comprobarse si la actuación del juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, frente a lo cual se observará qué opiniones pueden revestir

²²⁴ STC 0004-2006-AI/TC, FJ. 20.

²²⁵ STC 2465-2004-AI, FJ. 17.

importancia [STC N.º 2465-2004-AA/TC, siguiendo argumentos de Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 1 de octubre de 1982, Caso Piersack y Sentencia de 26 de octubre de 1984, Caso De Cubber]. Romper el deber de reserva, para tal caso, sería una violación flagrante de la imparcialidad exigida”²²⁶.

b) Presupuestos que deben observar los jueces ordinarios en el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

Si bien es cierto que en nuestro modelo de jurisdicción constitucional el TC ejerce el modelo concentrado del control de constitucionalidad de las leyes, igualmente el Poder Judicial asume este control y sólo con efectos entre las partes (modelo americano o difuso). En este sentido, el TC ha establecido cuatro presupuestos que deben observar los jueces cuando ejercen el control difuso. Veamos:

“A) Por un lado, que el control de constitucionalidad se realice en el seno de un caso judicial, esto es, tras el planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez sólo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito sólo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan en vía incidental.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no sólo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se establece como un límite a su ejercicio, puesto que como antes se ha recordado, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes.

C) En tercer lugar y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le haya causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio.

A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales, es preciso que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso y que el afectado lo haya cues-

²²⁶ STC 00006-2009-PI, FJ. 37 y 38.

tionado oportunamente en el proceso ordinario, ya que de otro modo no sería posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal, en los términos del artículo 4º del Código Procesal Constitucional.

D) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su "cuidado" es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, sin embargo, es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia "especializada".

De ahí que el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prevenga que

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular,

y también que la primera disposición final del mismo Código Procesal Constitucional establezca que

Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Pues bien, expuestos los alcances de este último límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal advierte que, como toda regla, ésta tiene sus excepciones. A saber:

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N.os 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, de 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).

(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley; sin embargo, él mismo advirtió que la aplicación de la ley, en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las sentencias N.os 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde, al no invalidar en abstracto una ley, este

Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, luego de señalar que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Finalmente, tampoco es de aplicación el límite al que nos hemos referido en el Fundamento 8 de esta sentencia, cuando, pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, posteriormente el Congreso modifica la Constitución –respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional–, pudiendo dar lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC 0014-2003-AI/TC y STC 0050-2004-AI/TC)²²⁷.

4.3.2. Tribunal Constitucional

Aunque los antecedentes primigenios de los tribunales constitucionales dimanen de la vieja propuesta planteada por Inmanuel Sieyés a través de su *Jury Constitutionnaire*, es con el planteamiento de Kelsen y del influjo que su propuesta tuvo en la creación del Tribunal Constitucional austriaco de 1920, que los tribunales constitucionales aparecen en el firmamento de los organismos jurisdiccionales creados con un fin específico: la defensa de la Constitución. Desde entonces, la literatura que da cuenta sobre los alcances de esta institución es ubérrima y la dedicación que a su estudio se efectúa en las cátedras de Derecho Constitucional y/o Derecho Procesal Constitucional es cada vez mayor. Con todo, el propio Tribunal Constitucional peruano se autopercibe, en torno a sus funciones señalando diversos aspectos:

— *Órgano independiente y autónomo. Supremo intérprete de la Constitución.*

“[...] [E]l artículo 201º de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional “es independiente y autónomo” en el ejercicio de sus competencias, como intérprete supremo de la Constitución (artículo 201º, 202º de la Constitución y 1º de la LOTC) goza de un amplio margen en la determinación de los métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201º de la Constitución). Todo ello, claro está, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental deriven [...]”²²⁸.

— *Autonomía administrativa-jurisdiccional del Tribunal Constitucional: el principio de la competencia de la competencia*

“En virtud de la primera de ellas, esto es, su autonomía administrativo-jurisdiccional, es el Tribunal Constitucional el único al que le corresponde definir su propio gobierno y la organización, planificación y resolución de los procesos constitucionales sometidos a su competencia, de conformidad con el artículo 202 de la Constitución. Por eso mismo, se debe enfatizar en que la gestión jurisdiccional del Tribunal Constitucional es una cuestión orgánica que no puede ser sometida a controversia jurídica, sea a través de un proceso ordinario o de un proceso

²²⁷ STC 1679-2005-PA/TC, FF.JJ. 5-9.

²²⁸ STC 00030-2005-PI, FJ 52.

constitucional, porque con ello se estaría vulnerando el artículo 201 de la Constitución.

En realidad esta autonomía también se refleja en el artículo 3 de su Ley Orgánica, cuando señala que “[e]n ningún caso se puede promover contienda de competencia o de atribuciones al Tribunal respecto de asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y la presente Ley (...)”. Ello es así por cuanto el principio de competencia de la competencia al que hace referencia este artículo es abierto y no se restringe únicamente a la definición de las atribuciones del Tribunal para conocer determinados procesos constitucionales.

Alcanza también, como señala la propia Ley, a otros “asuntos que le son propios”, como por ejemplo, la conformación de las Salas del Tribunal, la elección de su Presidente y Vicepresidente, la potestad del Pleno del Tribunal para levantar la inmunidad o definir la vacancia de los magistrados constitucionales, por ejemplo; lo cual incluye, claro está, la definición de su gobierno y de su gestión jurisdiccional. El Tribunal Constitucional no está sujeto al mandato imperativo de personas u organización en su gestión administrativo-jurisdiccional, porque si se permitiera injerencias externas en estos ámbitos en los cuales solo el Tribunal ostenta competencia para su definición, se estaría vulnerando la autonomía e independencia que la Constitución le reconoce a través de su artículo 201; por eso mismo estas cuestiones que le “son propias” al Tribunal no pueden ser objeto de cuestionamiento o de intervenciones externas”²²⁹.

— *Función de racionalización del poder.*

“[...] [E]l Tribunal Constitucional estima oportuno recordar que entre sus funciones está la de racionalizar el ejercicio del poder público y privado, velar por la supremacía de la Constitución Política del Perú sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico, sean estas las emanadas del Estado o de entidades privadas, velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas, y ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución”²³⁰.

— *Deber del Tribunal Constitucional de integrar los vacíos normativos.*

“[...] [E]l Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45º de la Constitución, de actuar con las responsabilidades que ésta exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber —en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan— de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según reza el artículo 139º, inciso 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”²³¹.

²²⁹ STC 10340-2006-PA, FJ 3 al 5.

²³⁰ STC 3574-2007-PA/TC, FJ 8.

²³¹ STC 00030-2005-PI, FJ 54.

— *Obligación de resolver*

“Que al respecto es de aplicación el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que establece que en ningún caso el TC puede dejar de resolver; precisamente el órgano que no puede dejar de resolver está compuesto por siete miembros elegidos por el Congreso (artículo 201 de la Constitución Política del Perú) los que asumen el cargo al momento de su juramentación (artículo 19 de la LOTIC); en este sentido, la resolución de la presente solicitud por parte de aquellos que ya no son miembros del Tribunal Constitucional infringiría la Constitución y tal hecho podría ser pasible de sanción penal, y por otro lado la no resolución por parte de los actuales magistrados significaría una vulneración de la LOTIC y con ello de una de las normas que constituyen el Bloque de Constitucionalidad”²³².

— *Política jurisdiccional.*

“[...] [E]l Tribunal Constitucional entiende que parte de su política jurisdiccional comprende el acercamiento real de la justicia constitucional a los ciudadanos. Ello se debe a dos razones fundamentales: primero, al cumplimiento del mandato constitucional de descentralización (artículo 188), en el entendido de que el proceso de descentralización también alcanza a la justicia constitucional, en aras de contribuir al desarrollo integral de la nación, que se fundamenta en el bienestar general y la justicia, según lo establece el artículo 44 de la Constitución.

Segundo, al cumplimiento, por un lado, del principio constitucional procesal de intermediación, según el cual el juez constitucional debe tener el mayor contacto posible tanto con los sujetos –demandante, demandado, por ejemplo– como con los elementos objetivos del proceso constitucional a resolver; por otro, del principio de economía procesal, el cual no se restringe, en los procesos constitucionales, a la duración del mismo, sino que exige aliviar en la mayor medida posible el esfuerzo de tiempo y de medios económicos que supone desplazarse a la sede del Tribunal Constitucional; y también del principio de socialización de los procesos constitucionales, de conformidad con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”²³³.

— *Rol dentro de la Sociedad.*

“[...] Es evidente que el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa in toto de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal”²³⁴.

²³² RTC 05957-2006-PA (reposición), FJ. 2.

²³³ STC 10340-2006-PA, FJ 7 y 8.

²³⁴ STC. 02409-2002-PA, FJ 1.

— *Función normativa*

“Existen, cuando menos, dos razones para sostener que el Tribunal Constitucional participa también de esta labor materialmente normativa. En primer lugar, porque al tener la capacidad de dejar sin efecto las normas con rango de ley, por juzgarlas incompatibles con la Constitución (artículo 204° de la Constitución), las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad que dicta tienen fuerza de ley, superando incluso el poder de la derogación, pues, a diferencia de esta, la sentencia estimatoria en un proceso de inconstitucionalidad ‘anula, por completo, la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales’ (cf. STC 0004-2004-AI, FJ. 2). De ahí que el artículo 103° de la Constitución disponga: “ (...) La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”

En segundo lugar, porque, como Supremo Intérprete de la Constitución (artículo 1° de la Ley N.° 28301 –Orgánica del Tribunal Constitucional–), en aplicación de los principios de presunción de constitucionalidad de las leyes y de interpretación conforme a la Constitución, ejerce un control sobre el contenido normativo de las disposiciones legales, invalidando los sentidos interpretativos inconstitucionales e, incluso, haciendo explícitos aquellos otros sentidos interpretativos que, prima facie, no eran atribuidos a las disposiciones sometidas a evaluación (sentencias interpretativas “manipulativas”)²³⁵.

— *Su función de componedor de conflictos sociales*

“El Tribunal Constitucional con frecuencia debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces, que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan un impacto en los medios académicos y de comunicación social.

No obstante, el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales.

La argumentación constitucional, es en este contexto, el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía. De este modo logra adhesiones y persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado Social y Democrático de Derecho, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural (...)

El Tribunal Constitucional participa como un auténtico órgano con sentido social, estableciendo, a través de su jurisprudencia, las pautas por las que ha de recorrer la sociedad plural, advirtiendo los peligros de determinadas opciones del legislador democrático, a través de sus sentencias exhortativas, o, simplemente, llevando el mensaje de la Constitución a los lugares más alejados del país, a través de sus

²³⁵ STC 01907-2003-AA, FJ 20.

audiencias descentralizadas. En un país que busca desterrar el trauma de las dictaduras y las opciones autoritarias que aún rondan cercanas, la labor del Tribunal, en cada caso, supone la convicción y la esperanza de que es posible construir una sociedad justa y libre con garantía para las diferencias y la pluralidad de opciones (...)”²³⁶.

— *Su rol como poder constituyente constituido*

“[E]l Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa in toto de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal”.²³⁷

— *Tribunal Constitucional y legislador.*

El TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las relaciones entre estas dos entidades básicas del Estado, y sobre todo de eventuales invasiones de competencia en que el legislador ha incurrido en desmedro del TC²³⁸. Veamos:

“[Se] vulnera el principio de separación de poderes y el control y balance de poderes, pues no es competencia del Legislador pronunciarse sobre el mantenimiento de una organización judicial declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o pronunciarse sobre la ampliación de los efectos temporales de tal inconstitucionalidad, establecidos ambos en un acto jurisdiccional como es una sentencia del Tribunal Constitucional. Resulta vedado por la Norma Fundamental que un Poder del Estado como el Poder Legislativo invada las competencias de un órgano constitucional como el Tribunal Constitucional, ejerciendo funciones que solo a este le competen.

[Se] vulnera la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional, toda vez que al disponer que siga en funcionamiento una organización de la jurisdicción militar declarada inconstitucional y prorrogar indefinidamente el periodo de *vacatio sententiae* establecido en una sentencia de inconstitucionalidad, ha desnaturalizado y desconocido las funciones de órgano de control de la Constitución (artículo 201º) que le ha asignado esta al Tribunal Constitucional. Si el legislador opera de este modo sobre las sentencias del Tribunal Constitucional resulta evidente la invasión de tal poder del Estado en un ámbito de competencia propio

²³⁶ STC 00048-2004-AI, FJ 2, 3 y 7.

²³⁷ STC 02409-2002-AA, FJ 1.

²³⁸ ETO CRUZ, Gerardo (Coordinador): *La sentencia constitucional en el Perú*, Centro de Estudios Constitucionales-Adrus, Arequipa, 2010.

del órgano de control de la Constitución”²³⁹.

Sobre la calidad de ambos órganos como intérpretes de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

“Entre la pluralidad de intérpretes de la Constitución, destaca el Poder Legislativo, pues al realizar el principio democrático y desarrollar los derechos fundamentales, entre otras competencias, interpreta permanentemente la Norma Fundamental. Así, por ejemplo, cuando el Parlamento regula la legislación procesal (plazos, órganos competentes, número de instancias, requisitos de los actos procesal, tipos de procesos por la materia, por la complejidad, etc.), debe interpretar el respectivo contenido constitucional de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, dentro de los que destacan los derechos de libre acceso a la jurisdicción, de defensa, de contradicción, de motivación, a la cosa juzgada, a los recursos, a la ejecución efectiva de lo resuelto, al plazo razonable de duración del proceso, entre otros. Toda esta labor de legislación procesal no puede desconocer tal contenido constitucional, como tampoco resultar desproporcionada o irrazonable respecto de los fines que se pretende.

Este importante rol del legislador en el desarrollo de la Constitución justifica que en la interpretación de la Constitución, los jueces ordinarios, y este Tribunal Constitucional en particular, deban considerar determinados criterios de interpretación constitucional que también beneficien tal actividad estatal. Ejemplo de ello es el criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución.”²⁴⁰

— *Relación con la justicia ordinaria.*

“Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. Como nuevamente lo ha expresado su par español, mediante estos procesos se ha “encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución” [cf. STC 104/1985].

De ahí que solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de

²³⁹ STC 0005-2007-PI/TC, FF.JJ. 61-62.

²⁴⁰ STC 01761-2008-AA, FJ 16 y 17.

un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, la justicia constitucional, en cambio, se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales”²⁴¹.

5. Los principios procesales.

a) *Noción.*

Los principios procesales recogidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional constituyen el pórtico hermenéutico que ordena y sistematiza a toda la legislación procesal que allí se recoge. Su utilización, si bien también es predicable en los procesos ordinarios, en los procesos constitucionales la exigencia de su pleno cumplimiento es fundamental e ineludible. La importante entidad de los procesos constitucionales, en tanto instrumentos protectores de la supremacía normativa de la Constitución y de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, dota a los principios procesales de una gran fuerza normativa que, en este punto, establece una marcada diferencia con los procesos ordinarios donde la trascendencia de su aplicación es de menor grado.

A este respecto, y cotizando la naturaleza jurídica del Título Preliminar, el Colegiado Constitucional ha señalado que:

“En el aseguramiento del ejercicio de las funciones de supremo intérprete de la Constitución, este Colegiado otorga valor normativo a los principios procesales establecidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”²⁴².

b) *Principio de dirección judicial del proceso.*

Bajo este principio, el Juez asume un rol determinante en el proceso constitucional, y no se limita a observar la actividad procesal de las partes, sino que es quien la encamina hacia el resultado del proceso e, inclusive, promueve (a través de los mandatos judiciales correspondientes) los actos procesales necesarios a fin de impulsar el proceso, esclarecer los hechos, formarse convicción de los mismos y resolver en consecuencia, dándole así solución al conflicto de intereses de naturaleza constitucional que fuera puesto en su conocimiento.

En este contexto, el TC ha precisado que el mencionado principio:

“delega en la figura del juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta”²⁴³. En tal sentido, ha enfatizado el TC, “corres-

²⁴¹ STC 2758-2004-HC/TC, FF.JJ. 7-8.

²⁴² STC 0048-2004-PI, Resolución FJ 4.

²⁴³ STC 2876-2005-PHC, FJ 23.

ponde al juez constitucional detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, pretenda convertir al proceso en un ritualismo de formas, antes que en un eficiente cauce para la protección de los derechos fundamentales y el respeto de la supremacía normativa de la Constitución”²⁴⁴.

En la misma tesitura, el Colegiado Constitucional ha interpretado que:

“el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPConst) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor”²⁴⁵.

c) Principio de gratuidad en la actuación del demandante.

El TC ha desarrollado el principio de gratuidad en la administración de justicia, desglosándolo en dos contenidos esenciales como son: la gratuidad para las personas de escasos recursos y la gratuidad para todos en los casos que señala la ley. Aunque el TC no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el principio de gratuidad en los procesos constitucionales, la gratuidad señalada en el Código Procesal Constitucional se ubica indudablemente en el segundo de los supuestos antes señalados, es decir como una gratuidad de alcances generales predeterminada legislativamente; ello, sin duda en atención a la trascendente entidad de los bienes jurídicos protegidos por los procesos constitucionales, y en tanto, los derechos fundamentales no sólo interesan al interés subjetivo de quien busca su defensa, sino también al orden público constitucional. Veamos cómo ha desarrollado el TC el contenido esencial del derecho a la gratuidad en la administración de justicia:

“El inciso 16 del artículo 139° de la Constitución establece que uno de los principios que informa el ejercicio de la función jurisdiccional es “El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

Dicho precepto constitucional, en lo que al caso importa resaltar, contiene dos disposiciones diferentes: Por un lado, garantiza “El principio de la gratuidad de la administración de justicia... para las personas de escasos recursos”; y, por otro, consagra “... la gratuidad de la administración de justicia... para todos, en los casos que la ley señala”.

La primera disposición comporta una concretización del principio de igualdad en el ámbito de la administración de justicia. Según éste, no se garantiza a todos los justiciables la gratuidad en la administración de justicia, sino sólo a aquellos que tengan escasos recursos [económicos].

Como en diversas oportunidades ha advertido este Tribunal, el principio de igualdad, que subyace en los términos de la gratuidad en la administración de jus-

²⁴⁴ STC 0048-2004-PI, Resolución FJ 4.

²⁴⁵ STC 0005-2005-CC/TC, FJ. 4.

ticia aquí analizada, no obliga a tratar igual a todos siempre y en todos los casos, sino a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Dicho principio contiene, –también se ha sostenido–, un mandato constitucional que exige la remoción de los obstáculos que impidan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

En el ámbito judicial ese mandato se traduce en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito.

La gratuidad en la administración de justicia, en los términos constitucionalmente establecidos, ha sido desarrollada por el artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley N.° 26846, según el cual, se encuentran exonerados del pago de las tasas judiciales, entre otros, los litigantes a los cuales se les ha concedido auxilio judicial, institución que, por otro lado, está regulada por el artículo 173° y siguientes del Código Procesal Civil²⁴⁶.

d) Principio de economía procesal.

Este es otro principio que hoy está subyacente en todos los procesos judiciales modernos y se reduce al axioma de que “debe tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal”. En efecto, si ya está establecido que son fines esenciales de todo proceso constitucional el de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los Derechos Fundamentales (Art. II del T.P), dichos fines no deben estar cartabonados por una serie de ritualismos procesales que, a la postre, afecten sus fines con dilaciones innecesarias.

El principio de economía en los procesos constitucionales ha sido utilizado por el TC, en la mayoría de los casos, para fundamentar su decisión de entrar a examinar el fondo del asunto, cuando las resoluciones de grados inferiores han declarado improcedente liminarmente la demanda de amparo. En estos casos, el TC no se ha limitado a revocar la improcedencia liminar, devolviendo, en su caso, el expediente al juzgado de origen para que sea admitido a trámite, sino que, en aplicación de este principio, ha procedido a dictar una sentencia sobre el fondo del asunto. Veamos a guisa de ejemplo, en los siguientes considerandos la postura del TC:

“En el presente caso, se ha producido un rechazo liminar de la demanda conforme lo dispone el artículo 47.° del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, considerando que el demandante cuestiona la existencia misma del proceso administrativo sancionatorio, se observa que en el caso no se cumplen ninguno de los supuestos de improcedencia a que se refiere el artículo 5.° del referido Código; siendo así, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado y disponer la admisión a trámite de la demanda.

No obstante, este Tribunal estima que, pese al vicio en que se ha incurrido, existen en el expediente suficientes elementos de juicio para conocer del tema de fondo; por lo tanto, atendiendo *al principio de economía procesal*, emitirá pronunciamiento respecto de si la sola existencia del procedimiento administrativo y la posibilidad de imponer una sanción administrativa al demandante implica una amenaza de su derecho al debido proceso, concretamente de la garantía ne bis in

²⁴⁶ STC 1607-2002-AA, FJ 5-6.

ídem”²⁴⁷.

Del mismo modo, el TC ha utilizado el principio de economía procesal, estrechamente vinculado con el de celeridad que es exigencia de la tutela de urgencia que brinda el amparo, para adecuar vías procesales que fueron mal empleadas por los justiciables. Así, por ejemplo, en numerosos casos el Tribunal ha procedido a encauzar procesos planteados como hábeas corpus a la vía procesal del amparo, en tanto los derechos tutelados correspondían a esta segunda vía y no a la primera. Veamos, esta posición del TC:

“En tal sentido, este Colegiado, sustentándose en el principio de economía procesal, recogido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y atendiendo a la celeridad con que deben atenderse las pretensiones en los procesos constitucionales, no obstante advertir que el trámite seguido en las instancias judiciales no es propiamente el que correspondía a la pretensión propuesta por el actor, decide resolver el presente caso adecuando su trámite al de un proceso de Hábeas Corpus. En esta decisión pesa, además, una razonable valoración sobre la improbable posibilidad de que tramitada conforme a las estrictas reglas del Hábeas Corpus, la pretensión del actor merezca una decisión sobre el fondo distinta a la que en esta oportunidad daremos”²⁴⁸.

Recientemente, con ocasión de un proceso de amparo que insólitamente sólo ha podido llegar a su fin luego de 20 años, el TC ha tenido ocasión de recordar que, independientemente de que los procesos ordinarios también deben ser resueltos dentro de un margen razonable de tiempo, los procesos constitucionales deben revertir una dosis especial de celeridad (que implica el principio de economía en cuanto al ahorro del tiempo), por la propia naturaleza de los bienes y valores que se tutelan. En este sentido, el carácter preferencial y sumario de los procesos constitucionales, debe convertirse en un baremo de ineludible observancia para los jueces constitucionales, quienes, en palabras del TC deben reflejar una mayor grado de *sensibilidad constitucional* en la tramitación de los mismos y no, caer en un extremo formalismo que, dilatando excesivamente el proceso, convierta a éste en un ritual legal carente de todo sentido y finalidad²⁴⁹.

e) Principio de inmediación.

Este principio supone que las audiencias y todos los actos procesales deban ser realizados ante el juez y no le está permitido delegar lo que le es consustancial a su cargo y función. En consecuencia, el principio de inmediación plantea la idea de que el juez en forma exclusiva y excluyente es el conductor del proceso constitucional; y por tanto, él es el quien define la incertidumbre jurídico-constitucional; y para ello debe tener el mayor contacto posible con los sujetos del proceso, con los elementos materiales que tienen que ver con el litigio, con el propio desarrollo de los actos procesales y con la valoración de los medios probatorios recaudados en el proceso.

En lo atinente a este principio el TC ha establecido que:

²⁴⁷ STC 5951-2005-PA/TC, FJ 2.

²⁴⁸ STC 4586-2004-AA/TC, FJ 3.

²⁴⁹ STC 2732-2007-PA/TC, FJ 8.

“Este principio procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta al mismo”²⁵⁰.

Por otro lado, el TC ha establecido que por el principio de inmediación:

“la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que sólo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a éste ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia”²⁵¹.

Finalmente, en su Voto Particular emitido en la STC 0032-2005-PHC/TC, el magistrado Juan Vergara Gotelli, adentrándose en el origen etimológico de la palabra “sentencia”, que proviene del latín *sententia* y que significa el parecer o juicio subjetivo (sentimiento) que alguien tiene sobre lo bueno y lo malo, sobre lo verdadero o lo falso, ha estimado que el principio de inmediación se constituye en un elemento indispensable en la configuración de toda decisión jurisdiccional, en tanto la inmediación permite al juez el conocimiento del caso no sólo a través de la ciencia del derecho, sino, principalmente, a través del contacto personal con los sujetos intervinientes en el proceso y con los elementos probatorios, lo cual pone en valor también su propia experiencia en la búsqueda de la verdad real y vincula al juez con una decisión fruto de una íntima convicción; es decir una decisión que sea expresión fiel de los sentimientos que el juez albergó a lo largo del proceso²⁵².

f) Principio de socialización del proceso.

El principio de socialización de proceso pretende o aspira, en una inexorable postura axiológica, a la democratización del proceso, a fin de que los litigantes tengan las mismas condiciones que no se le debe negar a otro. La igualdad de las partes en el proceso constitucional significa que éstas gozan de iguales oportunidades para su defensa; y, que no se puede concebir que se manifiesten procedimientos privilegiados, bien sea que una de las partes sea el Estado a través de uno de sus órganos.

Este principio también se va a manifestar en toda su concepción ortodoxa en los procesos constitucionales, por cuanto, precisamente se le otorga ciertos derechos o beneficios al justicia-ble demandante, como es el recurso de agravio constitucional que, *prima facie*, sólo tiene derecho a interponerlo el actor contra la resolución que le deniega algún derecho constitucional.

En palabras del Colegio Constitucional, este principio consiste:

“en el deber del juez de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes impidan la consecución de una decisión judicial que sea reflejo cabal de la objetividad del Derecho”²⁵³.

En este sentido, el Tribunal entiende que el principio de socialización involucra llevar al proceso la dimensión social del Estado Constitucional que entiende que la igualdad no se concretiza sólo en un reconocimiento formal de los mismos derechos para todos los ciudadanos,

²⁵⁰ STC 2876-2005-PHC/TC, FJ 23.

²⁵¹ STC 6846-2006-PHC/TC, FJ 5.

²⁵² STC 0032-2005-PHC, Fundamento de Voto del Magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli.

²⁵³ STC 0048-2004-PI, Resolución FJ 4.

sino en la posibilidad fáctica de que los ciudadanos puedan disfrutar de ellos en el plano de la realidad. Veamos:

“El principio de socialización procesal es una de las manifestaciones del tránsito del Estado Liberal hacia el Estado Social, de manera tal que la falacia formalista en virtud de la cual el principio de igualdad solo adquiere plena vigencia con una conducta absolutamente pasiva y contemplativa del Estado, sucumbe ante los principios del constitucionalismo social, según los cuales ante los múltiples factores que pueden situar a las partes en una evidente situación de desigualdad, resulta imperativa la intervención judicial a efectos de tomar las medidas correctivas que aseguren un proceso justo”²⁵⁴.

Finalmente, el TC ha resaltado la trascendencia social que asumen los procesos constitucionales en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. En efecto, en un modelo de Estado, social y democrático, que procura la integración social y la conciliación de los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, los procesos constitucionales se erigen en el espacio público por excelencia para la composición de los conflictos sociales y la construcción pacífica de la sociedad plural. En este sentido, para el logro del consenso social y la legitimidad de sus decisiones, el Tribunal ha considerado necesario abrir el proceso constitucional más allá de las partes que originalmente compusieron el litigio y, “socializándolo”, ha permitido la inclusión en el mismo de otros actores que puedan concretizar lo que Peter Häberle ha denominado “la pluralidad de intérpretes de la Constitución”²⁵⁵.

g) El impulso procesal de oficio.

El Art. III del T.P del Código en su segundo párrafo ha establecido que “El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código”. Este principio, se podría aseverar, viene a ser un sub-principio, del principio de dirección judicial, que se manifiesta en una serie de facultades que el Código le ha conferido al Juez operador intérprete de la norma constitucional, para conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso -sin necesidad de intervención de las partes- a fin de lograr la consecución de sus fines.

En este orden de ideas, el TC ha definido el principio de impulso procesal de oficio como:

“aquella obligación impuesta al juez constitucional de continuar el proceso a través de la ejecución de todos los actos que lo conduzcan a prestar tutela jurisdiccional a los justiciables”²⁵⁶.

h) La adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales.

El cuarto párrafo del Art. III del C.P.Const. establece lo siguiente: “El Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro

²⁵⁴ STC 0048-2004-PI, Resolución FJ 4.

²⁵⁵ STC 0048-2004-PI, FJ 1-10.

²⁵⁶ STC 9599-2005-PA, FJ 6.

de los fines de los procesos constitucionales”. Se trata aquí, de que las exigencias que requiere el Código, no deben afectar los fines mismos que persiguen los procesos constitucionales, es decir, no se debe preferir algunos requisitos formales, enervando la esencialidad y la eficacia que aspira el proceso constitucional.

El TC se ha pronunciado *prima facie*, sobre el principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, definiéndolo como:

“la imposición hecha a la jurisdicción ordinaria y constitucional de exigir el cumplimiento de las formalidades sólo si con ello se logra una mejor protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, si tal exigencia comporta la desprotección de los derechos y, por ende, su vulneración irreparable, entonces las formalidades deben adecuarse o, de ser el caso, prescindirse, con el objeto de que los fines de los procesos constitucionales se realicen adecuadamente (*principio de elasticidad*)”²⁵⁷.

El sacrificio de las formas en los procesos constitucionales, como ha aclarado el TC:

“no significa desde luego, que los jueces puedan desconocer de por sí las disposiciones que el Código Procesal Constitucional recoge, sino que estas disposiciones deben ser interpretadas o integradas “desde” y “conforme” a la Constitución, de tal modo que la finalidad sustantiva de los procesos constitucionales resulte optimizada por dicha interpretación y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la defensa del orden público constitucional no quede subordinado al respeto de las formas por las formas”²⁵⁸.

Desde una perspectiva más general, el TC ha parangonado el *principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales* con la posición que ha asumido el Código Procesal Civil en relación al instituto de la *nulidad procesal* que, a decir del Tribunal no ha recibido un tratamiento meramente formal, sino principista. Así, ha dicho el TC, que la nulidad no está regulada en el Código como una mera sanción producto del irrespeto de las formas, sino que dicha nulidad se sanciona sólo en tanto y en cuanto el acto procesal viciado de informalidad no cumpla su finalidad. En este contexto, tanto el proceso constitucional como el proceso civil se han desvinculado del procesalismo ortodoxo y han asumido una postura finalista del proceso, la misma que, como ha dicho el TC en términos concluyentes:

“responde a la necesidad histórica de superar el viejo esquema procedimental que, a través de un tratamiento meramente formalista de determinadas instituciones procesales, específicamente excepciones, apelaciones y nulidades, hizo padecer a los justiciables un proceso largo, repetitivo, costoso y al fin ineficaz, a tal punto de convertirlo en la “misa jurídica” proscrita por Couture, en la que a decir de Roberto Berizonce (Estudios de Nulidades Procesales, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1980, Págs. 18 ss.), el acto procesal valía no tanto por sus fines y consecuencias, sino por el cumplimiento de la forma preestablecida. Precisamente, el mecanismo de nulidad de los actos procesales sirvió esencialmente al *Improbis litigator* en sus afanes sólo de dilación y entorpecimiento frente a la sed de justicia de un pueblo que exige soluciones de fondo, finales y determinantes con autoridad de cosa juzgada”²⁵⁹.

²⁵⁷ STC 0266-2002-AA, FJ 7.

²⁵⁸ STC 0005-2005-CC, FJ 7-8.

²⁵⁹ STC 0048-2004-PI, Resolución FJ 7.

i) La continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión (principio pro actione).

En el cuarto párrafo del Art. III del T.P. del C.P.Const. se establece que: “Cuando en un proceso constitucional se presenta una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuidad”. Puede presentarse en la dinámica del proceso constitucional ciertas dudas razonables que habiliten al Juez a dar por terminado dicho proceso. Ante tal situación, el Juez o el Tribunal, según donde se ventile el proceso y sea ésta de la jurisdicción constitucional de la libertad o de la orgánica; se debe optar por aplicar el criterio o estándar hermenéutico de que, en caso de duda, se prefiere la continuidad del proceso; esto es, este principio o fórmula establecida en el Art. III del T.P del Código es, en rigor, una forma positivizada en este caso del principio *pro homine libertatis* como criterio de la interpretación de los derechos fundamentales.

Uno de los principios que ha revestido especial importancia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que ha sido concretizado en diversos casos con el objeto de permitir una mayor protección, a nivel sustantivo, de los derechos fundamentales, en tanto el Tribunal ha entendido, adoptando la tesis de Peter Häberle sobre la naturaleza del Derecho Procesal Constitucional, que los procesos constitucionales son derecho constitucional concretizado, es el principio de favorecimiento del proceso o *pro actione*. Este principio ha sido definido por el Tribunal, en este contexto, como:

“la imposición hecha a los jueces constitucionales de interpretar los requisitos y presupuestos procesales de los procesos constitucionales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción”²⁶⁰.

Por otro lado, el TC ha considerado el principio *pro actione* como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la justicia y con éste del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, el contenido esencial del derecho de acceso a la justicia contiene dos exigencias de carácter constitucional: la primera, dirigida al legislador, en el sentido que la regulación de los requisitos de procedencia de los procesos constitucionales debe ser efectuada dentro de los márgenes de la razonabilidad y la proporcionalidad; y la segunda, dirigida a los jueces, en el sentido de que, en todo caso, la interpretación de dichos requisitos de procedibilidad debe ser efectuada siempre, de manera que más favorezca la jurisdicción. Veamos del propio texto de su fallo, esta posición del TC:

“En la STC 2763-2002-AA/TC, este Tribunal señaló que el derecho de acceso a la justicia tiene base constitucional, puesto que se trata de un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, este último reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

Como tal, garantiza que un particular tenga la posibilidad, real y efectiva de acudir al juez, como tercero imparcial e independiente, con el objeto de encargarle la determinación de sus derechos y obligaciones de orden laboral.

Evidentemente, como sucede con todo derecho fundamental, también el de acceso a la justicia es un derecho que puede ser limitado. Sin embargo, cualesquiera

²⁶⁰ STC 2286-2005-PA, FJ 4.

que sean las restricciones o límites que se establezcan, la validez de éstos depende de que no obstaculicen, impidan o disuadan irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia.

Uno de los medios por virtud de los cuales dicho derecho se restringe en materia de acceso a la justicia, es el establecimiento de plazos, más o menos extensos, transcurrido el cual no es posible obtener una decisión sobre el fondo del tribunal competente.

Como es obvio, su fijación es una tarea que, en principio, la Constitución ha reservado al legislador ordinario, exigiendo de él la necesidad de respetar su contenido esencial y, además, que la restricción misma satisfaga los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Pero así como el legislador se encuentra vinculado por el derecho, in suo ordine, también lo están los órganos jurisdiccionales. De ellos el contenido constitucionalmente protegido del derecho exige que los límites establecidos legislativamente deban interpretarse de manera restrictiva, bajo los alcances del principio *pro actione*, y no de manera extensiva. Se exige así del juez o magistrado judicial que las condiciones y limitaciones del derecho de acceder a la justicia sean comprendidas de manera tal que, frente a un caso de duda, ya sea por la existencia de dos disposiciones o, en una disposición, por la existencia de dos formas posibles de ser comprendidas, se opte por aquella disposición o norma que de mejor forma optimice el ejercicio del derecho fundamental²⁶¹.

j) Suplencia en la queja deficiente y iura novit curia.

Dentro de los poderes que tiene el juez constitucional a la hora de tramitar y decidir en el seno de un proceso constitucional, se encuentra, de modo muy especial, el de suplir las deficiencias formales en que hubiiera incurrido el demandante a la hora de interponer su demanda (suplencia en la queja deficiente) y el de calificar correctamente el acto lesivo, según el derecho fundamental que se hubiera vulnerado (*iura novit curia*).

Ya el TC bajo el marco de la Ley 23506 desarrolló la figura de la suplencia de la queja deficiente, manifestando al respecto lo siguiente:

“Lo señalado por este Tribunal en los fundamentos precedentes se encuentra enmarcado por los alcances de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 23506, donde se estipula: “El juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurra la parte reclamante (...)”. Por su parte, y siguiendo la misma línea, el artículo 9° de la Ley N.° 25398 precisa que “(s)i el actor incurre en error al nominar la garantía constitucional (...) que (...) quiere ejercer, el Juez ante quien haya sido presentada se inhibirá de conocimiento y la remitirá de inmediato al competente (...)”.

Estas disposiciones atañen concretamente a la suplencia de los actos procesales deficientes y, por tanto, a aspectos estrictamente formales, pero no necesariamente desprovistos de repercusiones de orden sustancial. Tal facultad es otorgada a los jueces constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, para adecuar

²⁶¹ STC 2070-2003-AA/TC, FJ 6.

su pretensión a fin de otorgar protección constitucional al quejoso, en aquellos casos en los que se advierta un error o una omisión en el petitorio.

Así, a diferencia de los jueces ordinarios, quienes en la mayoría de los casos mantienen una vinculación rígida con la ley, el deber de suplir los actos defectuosos es exigible ineludiblemente en el caso del juez constitucional, debido al deber especial de protección de los derechos fundamentales que informa los procesos constitucionales.

Como bien refiere Alberto Borea Odría (Evolución de las Garantías Constitucionales. Lima, Grijley, 1996. Pág. 105):

“En el Derecho Constitucional y especialmente en la sustentación de las acciones de garantía, aquella suerte de procedimiento estrictamente privado en que el juez no se responsabiliza por las deficiencias procesales, no tiene lugar”²⁶².

Con posterioridad, el Código Procesal Constitucional recoge en el artículo VIII del Título Preliminar el principio del *iura novit curia*, sin mencionar como lo hacía la antigua Ley 23506 a la suplencia de la queja deficiente. Sin embargo, el TC ha reconocido ya en su jurisprudencia que este último principio se encuentra implícito o subsumido dentro de la figura del *iura novit curia*. De este modo, el TC ha delimitado la existencia de estos dos principios y ha procedido a distinguirlos y conceptualizarlos de la siguiente manera:

“En virtud del principio *iura novit curia* el juez constitucional tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda o lo haya sido erróneamente, mientras que a través de la suplencia de queja deficiente, el juez constitucional “única-mente podrá desvincularse de lo planteado en la demanda a fin de otorgar una protección eficaz a los derechos constitucionales lesionados [esto es, siempre a favor del quejoso y nunca en contra de él], cuando ello devenga de una voluntad implícita del recurrente a pesar de no haberla planteado correctamente en la demanda”(Exp. N° 0569-2003-AC, fundamento 8). Sobre esto último el juez constitucional no está supeditado a lo alegado y a lo pretendido por las partes en sus escritos iniciales, sino más bien se encuentra en aptitud de delimitar el objeto del proceso y pronunciarse sólo respecto de aquello que sea de relevancia constitucional. No se trata de que el juez constitucional se pronuncie respecto de todo lo alegado y pretendido [*sin omitir nada ni añadir cuestiones no hechas valer*] sino, específicamente, sobre aquello que forme parte de su convicción institucional (Exp. N° 3016-2007-HC/TC, fundamento 4)”²⁶³.

Ahora, con el objeto de dilucidar las situaciones antes las cuales cabe hacer uso de la facultad de suplir alguna deficiencia formal contenida en la demanda, el TC ha desarrollado una tipología de actos procesales, según su posibilidad de ser subsanados o no, de oficio, por el juez constitucional. Veamos:

“Ahora bien, a efectos de determinar qué actos procesales pueden ser objeto de la suplencia, cabe distinguir los actos procesales viciados, en actos defectuosos, actos inválidos, y actos nulos.

²⁶² STC 0569-2003-AC/TC, FF.JJ. 3-4.

²⁶³ STC 3426-2008-PHC/TC, FJ. 2

Los actos defectuosos son aquellos que se realizan sin que concurren todos los presupuestos, requisitos y condiciones que determinan su admisibilidad, pero que no generan afectación de principios o de derechos procesales constitucionales de relevancia y, por ese hecho, son inocuos. Por su parte, los actos inválidos son aquellos que se realizan incumpliendo los requisitos y condiciones que la ley prevé, dando lugar, a su vez, a la afectación de derechos o principios constitucionales, pero que, sin embargo, pueden ser subsanados o reparados por sí mismos, o eventualmente por medio de la intervención del juez (Binder Alberto. El incumplimiento de las formas procesales. Ad Hoc, Buenos Aires 2000. Pág. 96). Finalmente, los actos nulos son aquellos que, habiendo comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados.

En ese sentido, la obligación del juez constitucional prevista en el artículo 7° de la Ley N.° 23506, alcanza tanto a los actos defectuosos como inválidos, mas no a los actos procesales nulos²⁶⁴.

Asimismo, en cuanto a la etapa u oportunidad procesal en la cual la suplencia puede tener lugar, la jurisprudencia ha distinguido que:

“(…) el Tribunal Constitucional (…) puede efectuar correcciones sobre el error o la omisión en la que incurre el demandante en el planteamiento de sus pretensiones, tanto al inicio del proceso como en su decurso”²⁶⁵.

Por otro lado, el TC encuentra el fundamento de utilización de estas dos instituciones procesales, en la esencia misma de los procesos constitucionales y en la finalidad que éstos cumplen de cara a la protección de los derechos fundamentales. Veamos:

“La progresiva protección de los derechos fundamentales faculta a este Colegiado para “decir derecho”, o corregir deficiencias u omisiones cuando ello se deduzca de los hechos fácticos y jurídicos de cada caso en particular –en este último caso, siempre a favor del quejoso y nunca en contra de él–, resultando congruente con el ideal de vida de un Estado democrático, donde la aspiración de un máximo reconocimiento a la protección de derechos está inspirada en los valores de dignidad, igualdad y justicia que irradian todo el ordenamiento jurídico”²⁶⁶.

Por último, el TC ha fijado los términos de aplicación del principio *iura novit curia*, afirmando que en ningún caso el juez puede apartarse de la pretensión expuesta por las partes, pues de lo contrario atentaría contra otros principios básicos del proceso como el contradictorio y el principio de congruencia. Veamos:

“De este modo el Tribunal, como director del proceso, identifica la norma legal aplicable antes de emitir sentencia, lo que no implica, en ningún caso, la modificación del objeto de la pretensión o de los términos de la demanda; es decir que ello no puede suponer que funda su decisión en hechos distintos de los que han sido alegados por las partes, ya que el contradictorio constitucional ha girado en torno a ellos”²⁶⁷.

²⁶⁴ STC 0569-2003-AC/TC, FJ. 4.

²⁶⁵ STC 05637-2006-AA/TC, FJ. 14.

²⁶⁶ STC 0569-2003-AC/TC, FJ. 17.

²⁶⁷ STC 2094-2005-AA/TC, FJ. 2.

Finalmente, en el marco de un proceso de hábeas corpus, ha destacado el Tribunal lo siguiente:

“En diversos países se ha incorporado dentro de la jurisdicción constitucional el presente instituto al hilo del influjo mexicano, cuna de creación del juicio de amparo y forjador de diversas instituciones procesales que lo rodean, entre las que se encuentra la llamada suplencia de la queja deficiente. Diversos autores han definido a la suplencia de la queja deficiente, tal es el caso de Burgoa, quien define este principio de la siguiente forma ‘... suplir la deficiencia de la queja implica no ceñirse a los conceptos de violación expuestos en la demanda de amparo, sino que, para conceder al quejoso la protección federal, el órgano de control puede hacer valer oficiosamente cualquier aspecto inconstitucional de los actos reclamados...’. Por su parte, Fix Zamudio, al hablar de la suplencia de la queja, afirma ‘...que consiste en la corrección por el juez del amparo, de las omisiones, errores o deficiencias en que hubiese incurrido el promovente al formular su demanda, protegiendo a la parte débil en el proceso y evitando la aplicación de leyes inconstitucionales...’. Así, dentro de la misma línea Santos Ayala precisa que: ‘...la suplencia de la queja es una figura procesal del juicio de amparo, con fundamento en la Constitución; que asume un carácter proteccionista, antiformalista y discrecional; que debe estimarse como excepcionalmente obligatoria, y que faculta a los tribunales de amparo para integrar las omisiones totales o parciales de los conceptos de violación o de los agravios y para subsanar los errores en que incurre el quejoso al expresarlos, así como de aquellos actos procesales que la ley permite, siempre a favor y nunca en perjuicio del propio quejoso, en la forma y términos que señala la ley de la materia...’.

Nuestra legislación no ha quedado al margen de esta corriente doctrinaria y si bien es cierto que no lo ha comprendido de modo taxativo, no es menos cierto que si está presente de modo implícito, pues nuestro Código Procesal Constitucional sí ha previsto en el artículo VIII de su Título Preliminar el principio del *iura novit curia*, bajo cuyo manto se encuentra subsumida la tantas veces mencionada suplencia de la queja deficiente.

Pese a ello, dentro de nuestra jurisprudencia constitucional dichos principios han recibido tratamiento individualizado pues por un lado el Colegiado Constitucional ha señalado que: ‘...la suplencia de la queja deficiente... se trata de la facultad que tienen los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos, a fin de otorgarles la protección que sus derechos fundamentales requieran en el supuesto que se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda...’. Y sobre el principio de *iura novit curia* ha señalado que: ‘...dicho aforismo, literalmente significa ‘El Tribunal conoce el derecho’ y se refiere a la invocación o no invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por las partes dentro de un proceso...’. 20. De igual manera, en cuanto a la aplicación de estos principios, el Tribunal ha puesto límites cuando ha señalado, sobre la suplencia de la queja deficiente, que el juez ‘... únicamente podrá desvincularse de lo planteado en la demanda a fin de otorgar una protección eficaz a los derechos constitucionales lesionados, cuando ello devenga de una voluntad implícita del recurrente a pesar de no haberla planteado correctamente en la demanda,...’. En tanto que, ‘...cuando se trate del aforismo *iura novit curia*, al aplicar el derecho a las

cuestiones debatidas, se buscará no alterar ni sustituir las pretensiones y hechos fácticos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso...’.

En otras palabras lo que este principio importa es que, ‘... el juez debe calificar los hechos expuestos por las partes y la relación sustancial, prescindiendo de la calificación efectuada por los litigantes. Debe determinar la causa petendi y siempre que no se aparte de los hechos afirmados ni modifique su objeto, puede otorgar lo pedido sobre la base de una calificación de la causa distinta a la que hicieron las partes...’²⁶⁸.

6. Control judicial de la constitucionalidad de las leyes: El control difuso.

En nuestro país, el deber de aplicar la Constitución y de preferir, en la resolución de cualquier caso, ésta a una norma de rango legal o infralegal le corresponde no sólo al Tribunal Constitucional, sino *prima facie* al Poder Judicial. Quiere ello decir que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico la protección de los derechos fundamentales y de las demás disposiciones que la Constitución contiene no sólo ostenta un nivel de garantía (el constituido por la jurisdicción constitucional), sino que puede decirse que la protección de los valores, principios y derechos que la Constitución encarna corresponde también a los jueces ordinarios a través de cualquier proceso de carácter jurisdiccional. Puede incluso afirmarse, de acuerdo a la configuración actual de los procesos constitucionales como procesos de carácter subsidiario, que el primer nivel de protección lo constituye justamente el control difuso que realiza el Poder Judicial a través de cualquier proceso, constituyendo la jurisdicción constitucional una protección de carácter reforzado y especializado. Veamos como ha expresado el TC esta configuración del control difuso:

— *Noción.*

“La Facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138º, segundo párrafo de la Constitución. A ello mismo autoriza el artículo 3º de la Ley N.º 23506. El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51º de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado”²⁶⁹.

“Este Tribunal tiene dicho que el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso).

²⁶⁸ STC 05761-2009-PHC, FJ. 17 al 21.

²⁶⁹ STC 01124-2001-PA, FJ 13.

Como tal, se trata de un poder-deber del juez, consustancial a la Constitución del Estado Constitucional, la cual, por lo demás, tiene como característica la de ser una auténtica norma jurídica, constituir la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, constituyendo así un derecho directamente aplicable. Y es que como sostuvo el Chief Justice Jhon Marshall al redactar la opinión de la Corte Suprema en el Leanding Case Marbury v. Madison, resuelto en 1803,

“El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la Constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales”²⁷⁰.

El hecho, sin embargo, que exista esta duplicidad de competencias en el control de constitucionalidad de las leyes hace que se generen ciertos problemas de articulación entre ambas jurisdicciones. La interpretación que ambos órganos jurisdiccionales pueden hacer de la constitucionalidad de las leyes, puede en algunos casos no coincidir, afectando con ello el principio de unidad del ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica. Por ello, el TC peruano ha establecido algunos lineamientos para la correcta aplicación del control difuso de constitucionalidad de las leyes. Veamos:

— *Límite general a su aplicación.*

Dadas las consecuencias que su ejercicio pueda tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última ratio a la que un Juez debe apelar (STC N.º 0141-2002-AA/TC, Fund. Jur. N.º. 4. c; STC N.º 0020-2003-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 5), ya que los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional, conforme lo dispone la segunda Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Por tanto, la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces de toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado”²⁷¹.

²⁷⁰ STC 01680-2006-PA, FJs 2 a 4.

²⁷¹ STC 01680-2006-PA, FJs 2 a 4.

— *Condiciones para la validez de su ejercicio.*

“A) Por un lado, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no sólo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (*nemo iudex sine actor*).

C) En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio.

A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales, es preciso, por un lado, que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucional de algún derecho protegido por este proceso, y, por otro, que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario, ya que de otro modo no sería posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal, en los términos del artículo 4.º del Código Procesal Constitucional.

D) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su "cuidado" es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia "especializada".

De ahí que el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional haya previsto que

“Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular”,

pero también que la primera disposición final del mismo Código Procesal Constitucional haya establecido que

Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”²⁷².

— *Excepciones a la regla de no controlar una norma cuya validez constitucional ha sido confirmada por el Tribunal.*

“[...] [C]omo toda regla, ésta tiene sus excepciones; a saber:

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N.os 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).

(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las STC N.os 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Por último cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución -respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional-, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC N.º 0014-2003-AI/TC y STC N.º 0050-2004-AI/TC)”²⁷³.

²⁷² STC 01680-2006-PA, FJ 5 a 8.

²⁷³ STC 01680-2006-PA, FJ 9.

— *Control difuso: distinción entre norma y disposición*

“(…) si bien es frecuente que el control judicial difuso de constitucionalidad de las leyes es utilizado respecto del control de una disposición que a su vez contiene un único sentido interpretativo o norma, se pueden presentar casos como el presente, en el que una misma disposición (artículo 2001º, inciso 4 del Código Civil), puede contener varias normas (sentidos interpretativos con alcance normativo). Con ello, se alude a la distinción entre disposición (conjunto de enunciados lingüísticos) y norma (sentido interpretativo que se desprende de la disposición). Por tanto, si una de estas normas que se desprende del artículo 2001º inciso 4) del Código Civil ha sido aplicada por un determinado órgano jurisdiccional, entonces, al ser relevante para la solución del caso, cabe efectuar el control difuso de tal norma (prescribe a los 2 años la acción que proviene de aquella pensión alimenticia a favor de menores de edad fijada en una sentencia)”²⁷⁴.

— *Criterios para aplicar el control judicial de constitucionalidad de normas legales*

“A) Verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional

Debe verificarse si en el caso judicial se aplica o amenaza aplicar (Art. 3º CPCons) una norma legal autoaplicativa, es decir aquella cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada (Cfr. Exp. N.º 04677-2004-AA/TC, fundamento 3 y ss.), o de ser el caso verificarse si en el acto o norma infralegal cuestionados en el proceso judicial se ha aplicado la norma legal que se acusa de inconstitucional.

B) Relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso

El control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido el juez sólo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito sólo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan en vía incidental.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no sólo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se establece como un límite a su ejercicio, puesto que, como antes se ha recordado, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes.

C) Identificación de un perjuicio ocasionado por la ley

En tercer lugar y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le haya causado o pueda causarle un agravio di-

²⁷⁴ STC 02132-2008-PA, FJ 16.

recto, pues de otro modo el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio.

A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales, es preciso que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso y que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario, ya que de otro modo no sería posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal, en los términos del artículo 4º del Código Procesal Constitucional.

D) Verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley objeto de control

Asimismo, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su ‘cuidado’ es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, sin embargo es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia ‘especializada’.

De ahí que el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prevenga que ‘Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular’, y también que la Primera Disposición Final de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, establezca que ‘Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad’.

Expuestos los alcances de este límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal advierte que, como toda regla, ésta tiene sus excepciones. A saber:

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal no rige en aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso por ejemplo de las Leyes de Amnistía N.os 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Barrios Altos, de 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).

(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley; sin embargo él mismo advirtió que la aplicación de la ley, en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las sentencias N.os 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde, al no invalidar en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el *balancing*, luego de señalar que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Finalmente, tampoco es de aplicación el límite al que se hace referencia, cuando, pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, posteriormente el Congreso modifica la Constitución –respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional–, pudiendo dar lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC 0014-2003-AI/TC y STC 0050-2004-AI/TC).

E) Búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad

Dadas las consecuencias que el ejercicio del control difuso puede tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la *última ratio* a la que un Juez debe apelar (STC 0141-2002-AA/TC, fundamento 4 “c”; STC 0020-2003-AI/TC, fundamento 5), habida cuenta que “Los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”, conforme dispone la Segunda Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Así, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera impone que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio mismo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de todos los jueces (y de este mismo Tribunal, tanto cuando actúa como Juez de casos, como cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad) buscar, hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado.

F) Verificación de que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de ésta al caso concreto

Luego de haber agotado los pasos antes referidos, debe verificarse si la norma legal objeto de control difuso de constitucional es manifiestamente incompatible con la Constitución, y si es así, disponerse su inaplicación al caso concreto. En tal verificación resultará de particular importancia identificar aquel contenido constitucionalmente protegido así como la manifiesta incompatibilidad de la norma legal

respecto del mencionado contenido constitucional, procedimiento en el que resultará importante superar el control de proporcionalidad, entre otros que se estime pertinente, de modo que se argumente correctamente la decisión judicial”²⁷⁵

— *Control constitucional de las normas estatutarias privadas*

Una de las consecuencias derivadas del efecto *interprivatos* de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico es la posibilidad de que, en sede judicial, se realice el control constitucional de las normas estatutarias privadas, esto es, de las normas que tienen su origen en la voluntad de los particulares. Ello se explica por cuanto, así como una ley general del Estado puede afectar la esfera subjetiva de las personas, así también puede hacerlo, en menor o mayor medida, una norma creada al interior de una asociación u otras corporaciones. En ese sentido, resulta de gran utilidad revisar aquellos lineamientos jurisprudenciales que han sido sentados por el Tribunal Constitucional en relación a este punto, para lo cual resulta necesario revisar aquella noción de ‘norma estatutaria’ que es manejada por nuestro Supremo Intérprete y, vinculado a ello, el fundamento que sustenta su control constitucional:

“La potestad normativa de las asociaciones se deriva y se sustenta en el derecho fundamental de asociación. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de establecer que ‘dentro de ese mismo derecho de asociación o, dicho de otro modo, dentro de su contenido constitucionalmente protegido también se encuentra la facultad de que la asociación creada se dote de su propia organización, la cual se materializa a través del estatuto.’ En definitiva la potestad normativa de una asociación tiene como fundamento el derecho de asociación, de modo que constituye un atributo constitucional de toda asociación. Desde esta perspectiva debe entenderse que esta potestad no deriva de la facultad dispuesta por el Código Civil y por ello de un ámbito de mera legalidad ordinaria, sino que halla fundamento directo en el derecho fundamental de asociación.

Aún cuando la potestad normativa privada de la Asociación supone el ejercicio de un derecho fundamental, que vienen a ser el derecho de asociación, ello no implica que las normas que proceden de ella se hallen exentas de un control de constitucionalidad, cuando resulten contrarias a derechos constitucionales. Por el contrario tal control resulta inexorable en virtud del efecto *interprivatos* de los derechos constitucionales.

Este Tribunal considera en reiterada jurisprudencia que la Constitución y con ella los derechos fundamentales, vinculan también las relaciones entre particulares. A tal conclusión conduce lo establecido en el artículo 38° de la Constitución. Esto significa que las normas estatutarias deben guardar conformidad con la Constitución y en particular con los derechos fundamentales. Tal exigencia se proyecta a todas las normas que provienen de particulares, v.gr. estatutos, reglamentos de estatutos, reglamentos empresariales, convenios colectivos, etc.

Corolario de ello es que las normas privadas o particulares que sean contrarias a derechos constitucionales han de ser inaplicadas en ejercicio del control de inaplicabilidad al que habilita el artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución. Todo

²⁷⁵ STC 02132-2008-PA, FJ 18 al 26.

ello claro está al margen del control abstracto de dichas normas, que habría de articularse en la vía correspondiente”.²⁷⁶

“Como ha sido establecido por este Tribunal, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados se deriva del artículo 38º de la Constitución, que establece que ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)’; de ello se deriva –aunque también del artículo 1º, en cuanto al principio dignidad de la persona – la vinculatoriedad de la Constitución que se proyecta *erga omnes* no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino que también alcanza a las relaciones establecidas entre particulares.

Por ende los derechos fundamentales detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo que implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales.

En virtud de todo lo anterior queda claro que las normas de las entidades privadas como la emplazada, que sean contrarias a los derechos constitucionales, pueden ser inaplicadas en ejercicio del control al que habilita el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución”.²⁷⁷

— *Control difuso administrativo*

Un tema de suyo polémico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es aquel referido al denominado “control difuso administrativo”, cuyo reconocimiento jurisprudencial en nuestro país desató una prolífica polémica, cuyos entretelones han quedado registrados en sendos artículos y comentarios publicados en sede nacional. Hoy, apaciguadas las aguas de este mar bravío, es posible apreciar con mayor calma aquellos fundamentos que el Tribunal invocó para (re)afirmar la supremacía normativa de la Constitución en sede administrativa:

“Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como ‘Principio de legalidad’, en el fondo no es otra cosa que la concreción de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que ‘[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)’ (énfasis agregado).

²⁷⁶ STC 02868-2007-PA, FJ 6 a 9.

²⁷⁷ STC 00537-2007-PA, FJ 3 a 5.

De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial (...)

En segundo lugar, está de por medio también la eficacia vertical de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública (...)

Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General (...)

En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad (...)²⁷⁸.

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de la facultad conferida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, emitió el siguiente precedente vinculante:

“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”.²⁷⁹

Cabe señalar que este pronunciamiento fue posteriormente aclarado por el Tribunal en varios de sus puntos, de lo cual resulta necesario dar cuenta:

“[...] si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, esto es, que ‘(...) [t]odo tri-

²⁷⁸ STC 03741-2004-PA, FJ 6, 7, 10, 14 y 15.

²⁷⁹ STC 03741-2004-PA, FJ 50.

bunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...). Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten ‘justicia administrativa’ con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.

[E]l ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

[L]os tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten ‘justicia administrativa’ con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”.²⁸⁰

Finalmente, a todo ello cabe añadir un reciente pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional, en el cual se afirma que, además del *control de constitucionalidad*, también es facultad de las entidades de la Administración Pública realizar el *control de legalidad* propiamente dicho. Y así, en alusión específica a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI (CEB), el Tribunal ha interpretado lo siguiente:

“[L]a CEB, cuando ‘inaplica’ una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad. Por ejemplo, cuando en un procedimiento administrativo se detecta que una ordenanza es contraria a normas como el Decreto Legislativo N.º 757 (Ley Marco de para el Crecimiento de la Inversión Privada), Ley N.º 27444, Ley N.º 28976 (Ley Marco de licencia de funcionamiento) e inclusive la Ley N.º 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades), la CEB resuelve tal antinomia en virtud del principio de competencia excluyente, ‘aplicable cuando un órgano con fa-

²⁸⁰ RTC 03741-2004-PA, FJ 4, 7 y 8.

cultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante' [0047-2004-AI/TC, fund. 54, e)]. Como se observa, la situación generada se resuelve a partir de determinar que se trata de una antinomia entre dos normas del mismo rango, como pueden ser las leyes formales y las ordenanzas regionales y municipales. Su resolución descansa por consiguiente en la aplicación de la norma legal aplicable al caso concreto en virtud de competencias repartidas y no en virtud a un análisis de jerarquía entre ordenanza (regional o local) y la Constitución".²⁸¹

7. Interpretación constitucional.

Sobre este importante capítulo del Derecho Procesal Constitucional, el TC ha efectuado un desarrollo amplio y muy interesante por las variadas aristas que este problema presenta. Como se sabe, el tema de la interpretación constitucional, comprende a su vez a la interpretación de la Constitución, la interpretación constitucional de la ley y la interpretación de los derechos fundamentales. Veamos en forma esquemática este desarrollo del TC:

a) Interpretación de la Constitución.

En el presente acápite se desarrollará pues las formas, principios y métodos que a decir del Tribunal Constitucional adquiere la interpretación de los contenidos que la Constitución recoge. Veamos:

— Noción.

"[...] [L]a interpretación constitucional es [...] una labor de "concretización" y también de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales. No hay interpretación fuera del tiempo. El contexto y sus múltiples manifestaciones dan sentido y objetividad a la interpretación, que es ante todo una actividad humana que partiendo del texto de la Constitución, debe sin embargo ser capaz de incorporar otros elementos de la vida cultural, social y anímica del momento en que la sociedad, a través del proceso, solicita la "ejecución" de determinada cláusula constitucional"²⁸².

— Diferencia entre interpretación y mutación constitucional.

"En este marco, es imprescindible diferenciar entre interpretación y mutación. La interpretación de un sistema jurídico significa su desarrollo, sin que por ello se varíe su base. La mutación, por el contrario, se produce cuando se han modificado los fundamentos mismos del sistema.

En este esquema, en doctrina se sostiene que la interpretación es un procedimiento racional y controlable, que procura certeza y previsibilidad jurídica en las normas, mientras que la mutación

²⁸¹ STC 00014-2009-PI, FJ 25.

²⁸² STC 4853-2004-PA, FJ 28.

“(…) modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”²⁸³.

— *Importancia de la pluralidad de intérpretes en la interpretación constitucional.*

“La apertura del proceso constitucional a una pluralidad de intérpretes de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para examinar un proceso de inconstitucionalidad.

El enriquecimiento del procedimiento de interpretación constitucional que ha de efectuar el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, se realiza en especial cuando se incorporan al proceso de inconstitucionalidad sujetos que, debido a las funciones que la Constitución les ha conferido, detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional. No se trata, así, de terceros con interés, sino, por así decirlo, de sujetos “partícipes” en el proceso de inconstitucionalidad. La justificación de su intervención en este proceso no es la defensa de derecho o interés alguno, cuando más bien, aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo”²⁸⁴.

— *Principios de la interpretación constitucional.*

“Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

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 1º de la Constitución).

²⁸³ STC 0050-2004-AI, FJ 21.

²⁸⁴ RTC 00020-2005-PI, párrafo tercero y cuarto del FJ 23 Auto de admisibilidad.

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”²⁸⁵.

— Interpretación previsoras.

El TC ha utilizado en diversos fallos la interpretación previsoras que presupone auscultar las consecuencias que puede desencadenar un fallo. Lo que a continuación sigue son diversos criterios expuestos por el Tribunal, con relación a este tema:

“En tal sentido, si bien se ha restituido la integridad de la versión original del Himno Nacional ante la omisión del legislador, la adición de una estrofa cuya autoría no corresponde a don José de la Torre Ugarte constituye también una alteración de su obra en cuanto a su integridad –conforme las opiniones de los expertos Kresalja y Ugarteche, citadas en el fundamento N.º 16, supra, y que este Colegiado comparte– y, por tanto, vulnera también el derecho moral de integridad de la obra inherente al derecho de autor protegido por el inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, como ha precisado Néstor Pedro Sagües, que: “(...) el fallo judicial no puede emitirse en abstracto, sino debe medir los resultados o debe verificar las consecuencias de su decisorio, es decir, que la interpretación constitucional no termina en la mera interpretación, sino que pasa a una segunda etapa, donde el Magistrado constitucional debe preguntarse respecto del producto interpretativo al que ha arribado, qué resultados producen en la sociedad, tanto económicos, políticos (...) que puede acarrear el decisorio. La doctrina de la interpretación previsoras de la Constitución aconseja que el producto interpretativo, aunque sea formalmente correcto, no obstante debe ser desechado por el interprete operador, si ese producto interpretativo formalmente pulcro, acarrea consecuencias negativas para el imputado o la sociedad y por lo tanto en tal hipótesis se acarrea consecuencias disvaliosas. Debe recomenzarse la tarea interpretativa hasta hallar un producto interpretativo aceptable, sensato, razonable, útil, provechoso”.

²⁸⁵ STC 5854-2005-AA, FJ 12.

Así, de acuerdo al principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, y haciendo una interpretación previsor de la Constitución, este Colegiado considera que cualquier declaración de inconstitucionalidad relativa al artículo 4.º de la Ley N.º 1801, en el extremo que incorpora la primera estrofa, generaría lo siguiente:

- a) Incertidumbre entre los peruanos.
- b) Afectaría indirectamente la música del Himno Nacional, puesto que las partituras musicales han sido compuestas considerando la primera estrofa.
- c) Afectaría el derecho a la cultura, reconocido en el inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución y;
- d) Se vulneraría el patrimonio cultural de la Nación protegido por el artículo 21.º de la Constitución, toda vez que esta estrofa se canta incluso desde antes de la promulgación de la Ley impugnada.

Por ello, a la luz del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, deben agotarse las posibilidades interpretativas antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley.

Al respecto, se ha manifestado que “En el análisis de la constitucionalidad de las leyes, (...) este Tribunal se encuentra obligado a buscar, entre las diversas opciones interpretativas, una que armonice razonablemente con la Constitución; y sólo en el caso de no hallarla, se verá obligado a declararla inconstitucional”. (Caso Colegio de Abogados de Lima contra el artículo 4.2. de la Ley N.º 27056, Exp. N.º 0005-99-I/TC).

En consecuencia, este Colegiado declara que el Congreso de la República sí tenía competencia para incluir una primera estrofa de autor anónimo en la versión oficial del Himno Nacional que estableció, siempre que se interprete jurídicamente y se haga de público conocimiento que la letra del Himno Nacional del Perú establecido por el artículo 4.º de la Ley N.º 1801 comprende la versión original completa debida a la pluma de José de la Torre Ugarte, y que este Tribunal ha restituido, y una primera estrofa de autor anónimo establecida e incorporada por voluntad del pueblo peruano representado por el Congreso de la República”²⁸⁶.

b) Interpretación constitucional de la ley.

En la interpretación constitucional confluyen dos momentos interpretativos: el de la interpretación de la norma *canon de control*, es decir el de la interpretación de la Constitución y el de la interpretación de la ley conforme a los sentidos interpretativos encontrados en la interpretación de la Constitución. Este segundo momento de la interpretación constitucional se encuentra, al igual que el primero, conformado por un proceso particular y sujeto a determinados principios que el TC peruano se ha encargado de explicitar. La interpretación constitucional de la ley, sin embargo, adquiere particular relieve cuando la interpretación arroja alternativa o conjuntamente uno o más contenidos inconstitucionales. Ante esta situación y de acuerdo al principio de conservación de la ley es que el Tribunal ha desarrollado lo que en la experiencia comparada se ha dado en llamar “interpretación conforme”, directamente conectado con el tema de

²⁸⁶ STC 0044-2004-AI/TC, FJ. 24.

las sentencias interpretativas. Veamos como ha explicado el TC el proceso de interpretación constitucional de la ley y el de interpretación conforme:

— *El sustento conceptual de la interpretación conforme: la distinción entre “disposición” y “norma”.*

“Este Colegiado, en anterior oportunidad (Expediente N.º 0010-2002-AI/TC), ha precisado que en todo precepto legal se puede distinguir entre “disposición” y “norma”, entendiendo por la primera aquel texto, enunciado lingüístico o conjunto de palabras que integran el precepto, y por la segunda, aquel o aquellos sentidos interpretativos que se pueden deducir de la disposición o de parte de ella. Esta distinción no implica que ambas puedan tener una existencia independiente, pues se encuentran en una relación de mutua dependencia, no pudiendo existir una norma que no encuentre su fundamento en una disposición, ni una disposición que por lo menos no albergue una norma.

Esta posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda distinguir entre “disposición” y “norma”, cuando se trata del proceso de inconstitucionalidad, es el presupuesto básico de las denominadas sentencias interpretativas, cuyo fundamento, tal como se ha precisado, radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no vulnerar el principio de supremacía constitucional.

En efecto, las sentencias interpretativas recaen normalmente sobre disposiciones ambiguas, confusas o complejas, de las que se pueden extraer varios sentidos interpretativos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar la constitucionalidad, en primer lugar, de la disposición; y, seguidamente, de todas aquellas normas que se desprendan de la disposición cuestionada con la finalidad de verificar cuáles se adecuan a la Constitución y cuáles deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico²⁸⁷.

— *La interpretación desde la Constitución.*

“Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas).-

En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La *operación ablativa o de exéresis* consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada “eliminando” del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.

²⁸⁷ STC 0042-2004-AI/TC, FJ. 18.

La *operación reconstructiva o de reposición* consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución. Conviene tener presente en qué consisten:

- *El principio de conservación de la ley.* Mediante este axioma se exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última ratio a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

- *El principio de interpretación desde la constitución.* Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

La experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un “tiempo”, un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial.

En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin.

Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los “huecos normativos” emanados de un simple fallo estimatorio.

Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativa) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento”²⁸⁸.

²⁸⁸ STC 0004-2004-CC, FJ 3.

c) *Interpretación de los derechos fundamentales.*

La interpretación de los derechos fundamentales también se halla informada por ciertos principios o pautas hermenéuticas que el Colegiado Constitucional también se ha encargado de precisar, entre los cuales destaca primordialmente, en la jurisprudencia del TC, el principio *pro homine* y el principio de interpretación conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Veamos:

— *Principio pro homine.*

“No resulta acorde con el principio *pro homine* y *pro libertatis* de la interpretación constitucional, según los cuales, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquélla que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, en este caso, de ocasionar la caducidad y así impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial, se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional, para impugnar el acto administrativo presuntamente lesivo. La tesis interpretativa que posibilita esto último es justamente la que proviene del propio tenor literal de la norma antes referida y de la propia naturaleza del silencio administrativo negativo; esto es, la que establece que el administrado, luego de haber impugnado un acto administrado y transcurrido el plazo para resolverlo, puede acogerse al silencio administrativo o esperar el pronunciamiento expreso de la Administración, sin que la opción por esta última alternativa genere la caducidad en el ejercicio del derecho de acción”²⁸⁹.

— *Su interpretación conforme a los tratados internacionales.*

“Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”²⁹⁰.

²⁸⁹ STC 1003-1998-AA, FJ 3.

²⁹⁰ STC 5854-2005-PA, FJ 28.

— *Su interpretación conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales.*

“Hemos dicho, en efecto, que el contenido esencial constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no solo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; es decir, de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe solo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) (cf. STC 4587-2004-HC/TC. FJ 44. Caso Santiago Martín Rivas)²⁹¹.

d) El principio de proporcionalidad.

— *Fundamento. Su relación con el principio de razonabilidad*

En la interpretación de los derechos fundamentales un capítulo de especial relieve es el de la proporcionalidad. En el desarrollo de la jurisprudencia constitucional contemporánea, el principio de proporcionalidad es frecuentemente utilizado tanto en el examen de validez de los actos públicos, como en la adecuada resolución de un conflicto de derechos fundamentales. La interpretación del alcance y contenido de un derecho fundamental no es realizado, en la actualidad, en abstracto, sino en relación con el conjunto de bienes jurídicos que la Constitución contiene. En un primer momento, el TC destacó la naturaleza del principio de proporcionalidad como un *principio general del Derecho*, que en nuestro caso se encontraba positivizado en el artículo 200 de la Constitución. Veamos:

“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona”²⁹².

Posteriormente, el TC ubicó el citado principio de proporcionalidad dentro de la categoría del debido proceso sustantivo y como una exigencia que debía cumplir todo juez al momento de decidir una controversia jurídica. Veamos:

²⁹¹ STC 8817-2005-HC, FJ 22.

²⁹² STC 00010-2002-AI/TC, FJ. 195.

“la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes”²⁹³.

Por otro lado, el TC también ha vinculado el principio de proporcionalidad con el principio de razonabilidad, el cual ha derivado a su vez del principio general de interdicción a la arbitrariedad y del valor de la justicia. Así ha dicho el TC:

“El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales”²⁹⁴.

En un momento posterior, sin embargo, el propio Colegiado Constitucional, aún cuando los continúa homologando en gran medida, ha intentado distinguir ambos principios, sobre la base de una evaluación analítica entre el resultado de un proceso argumentativo y la forma cómo se arriba a él. Veamos:

“El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”²⁹⁵.

Por último, el Tribunal, asimilando la influencia del test de proporcionalidad tal y como se concibe en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, ha desarrollado de modo amplio y analítico el principio de proporcionalidad, superando la estrecha evaluación de la intervención en un derecho fundamental, con base en el principio de razonabilidad. Veamos:

“En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha empleado conjuntamente el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de examinar si un tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio. Son estos los principios que sirven de parámetro para examinar un trato diferenciado.

²⁹³ STC 1209-2006-AA/TC, FJ. 28.

²⁹⁴ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 109.

²⁹⁵ STC 2192-2004-AA/TC, FJ. 15.

La forma de operar de este par conceptual –razonabilidad y proporcionalidad– implica advertir que “(...) la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.

En este contexto, la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. La comprensión del principio de razonabilidad en estos términos ha sido acogida por este Tribunal cuando ha manifestado que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”.

De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno.

La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación “proporcional” entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.

De lo anterior se concluye que el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en cuanto par conceptual para examinar la constitucionalidad de los supuestos de eventual discriminación, comprenden los siguientes aspectos: determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, examen de idoneidad y de necesidad.

Ahora bien, esta exigencia de proporcionalidad conjunta a la de razonabilidad, resulta ciertamente restringida en comparación con el denominado “principio de proporcionalidad”. En efecto, el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como “prohibición de exceso” (*Untermaßverbot*), comprende, en cambio, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales. Así lo ha adoptado también la jurisprudencia de este Colegiado.

En el examen del trato diferenciado resulta indispensable también el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, en el supuesto que dicho

trato ha superado el examen a la luz de los principios de idoneidad y de necesidad. Justamente, la exclusión de la ponderación, en esta exigencia de razonabilidad-proporcionalidad, la convierte en insuficiente e imperfecta. La protección de los derechos fundamentales y, entre ellos, el de igualdad, impone que el examen de las intervenciones que se operan en ellos tenga que satisfacer plenamente, de ser el caso, también el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En este contexto, la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad.

En síntesis, el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación²⁹⁶.

— *Sub principios.*

“**1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación:** De acuerdo con este subprincipio, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de necesidad: Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu: Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental²⁹⁷.

— *Su aplicación en el control constitucional de las decisiones judiciales.*

“En la medida que las decisiones judiciales tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales, la invocación del principio de proporcionalidad resulta plenamente válida también tratándose del control de este tipo de decisiones. El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios

²⁹⁶ STC 00045-2004-AI/TC, FF.JJ. 21-30.

²⁹⁷ STC 00027-2006-PI. FJ 73.

constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos sugerido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar “si existen medios alternativos al optado”, en este caso por el Juez, que es quien ha tomado la medida. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”²⁹⁸.

8. Jurisprudencia constitucional.

Sobre la jurisprudencia constitucional y su importancia actual en el sistema de fuentes, el TC ha expresado lo siguiente:

— *Noción.*

“Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta (...)”

Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente.

Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139.^o, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccio-

²⁹⁸ STC 01209-2006-PA, FJ 55, ver RTC 1209-2006-PA, Aclaración de fecha 27 de octubre del 2006.

nales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia. Por ejemplo, para el caso de la jurisprudencia constitucional, este colegiado ha establecido que:

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al 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”²⁹⁹.

— *Importancia de la jurisprudencia constitucional.*

“La jurisprudencia constitucional es una herramienta fundamental para la construcción y defensa permanente del Estado Social y Democrático de Derecho, por cuanto permite que el modelo mismo de organización política no sólo se consolide, sino que se desarrolle en un diálogo fructífero y constante entre texto y realidad constitucional.

La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional es también una fuente de primer orden no sólo para los tribunales ordinarios y los demás entes públicos, sino para el propio Tribunal a la hora de decidir un nuevo caso. En cada sentencia de principio, un nuevo dispositivo de nuestra Constitución es desarrollado sin olvidar que se trata de una obra duradera en el tiempo y en constante movimiento. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, en buena cuenta, Constitución viviente de la sociedad plural”³⁰⁰.

9. Precedente vinculante.

De acuerdo al artículo VII del TP del C.P.Const., la sentencia del Tribunal Constitucional que adquiere la calidad de cosa juzgada constituye precedente vinculante, cuando así lo exprese la propia sentencia, fijando el extremo de su efecto normativo. Aunque la institución del precedente vinculante ya haya tenido en nuestro ordenamiento jurídico algunos antecedentes, a partir de esta disposición normativa y del desarrollo jurisprudencial que de ella ha hecho el TC, este instituto de raigambre anglosajona ha logrado en nuestro país un acentuado auge en los últimos años. Sin duda puede afirmarse que hoy el desarrollo de los procesos constitucionales en el Perú no sólo se afirma a partir del Código Procesal Constitucional; sino, en la praxis jurisprudencial, principalmente a partir de los precedentes vinculantes que ha dictado el Colegiado Constitucional.

Aunque de identidad claramente anglosajona, en nuestro país, la necesidad de adaptación del instituto del precedente vinculante a un sistema no judicialista como el nuestro, ha generado que el precedente tenga tanto a nivel legal como jurisprudencial una particular configuración. Veamos como el TC ha desarrollado la institución del precedente constitucional en nuestro país.

²⁹⁹ STC 0047-2004-AI, FJ 33 y 34.

³⁰⁰ STC 00048-2004-PI, FJ 9 y 10.

— *Noción.*

“En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar 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.

La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual preceptúa 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”³⁰¹.

— *Naturaleza.*

“La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”³⁰².

— *Condiciones formales de establecimiento del precedente vinculante.*

“En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

a) *Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.*

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

b) *Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.*

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene re-

³⁰¹ STC 0024-2003-AI.

³⁰² STC 0024-2003-AI.

glas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.

La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gozan de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte in fine del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro.

Lo anteriormente expuesto debe ser concordado con lo previsto en los artículos 74° y 103° de la Constitución, y 83° del Código Procesal Constitucional, cuando de por medio existe una declaración de inconstitucionalidad³⁰³.

— *Los presupuestos materiales para el establecimiento de un precedente.*

“El Tribunal Constitucional estima que dichos presupuestos son los siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente³⁰⁴.

³⁰³ STC 0024-2003-AI.

³⁰⁴ STC 0024-2003-AI.

— *El precedente como forma de cubrir una laguna normativa*

“La función integradora del Tribunal Constitucional permite que, a través de la constitución de un precedente vinculante, se resuelvan las situaciones derivadas de un vacío normativo.

En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente cuando, se acredita la ausencia absoluta de norma; cuando, a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; cuando dos normas sin referencia mutua entre sí –es decir en situación de antinomia indirecta– se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces; cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente; y cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.

En relación con lo anteriormente expuesto, debe precisarse que la antinomia indirecta se entiende como la coexistencia de dos normas incompatibles, que tienen la misma validez jerárquica en el tiempo y en el espacio, pero que inspiran consecuencias jurídicas en fines o criterios ideológicos contrapuestos (interés público y seguridad jurídica de los particulares, etc.); en tanto que el ocio legislativo aparece como consecuencia de la omisión, inactividad, inacción o non facere por parte de un órgano con competencias legislativas, lo que implica el desobedecimiento al mandato de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad que hubiese establecido que el goce de un derecho o el ejercicio de una competencia queda supeditada a la expedición de una norma reglamentaria. Dicha omisión se constata por el vencimiento del plazo determinado para legislar complementariamente o por el transcurso del plazo razonable para ello”³⁰⁵.

— *La aplicación del precedente vinculante.*

“El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

- a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.
- b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante”³⁰⁶.

³⁰⁵ STC 0024-2003-AI.

³⁰⁶ STC 0024-2003-AI.

— *Distinción con precedente judicial.*

“Para que una decisión de este Colegiado, planteada en forma de precedente vinculante pueda convertirse en una herramienta útil en la expansión de los efectos de una sentencia que, en principio, debiera tener solo efectos inter partes, resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del Common Law.

Es conocido que el precedente judicial en el sistema del Common Law se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Osea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que éste logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto.

El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional”³⁰⁷.

— *Distinción con doctrina jurisprudencial.*

“La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

³⁰⁷ STC 03741-2004-AA, FJ 47 y 48.

Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer 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 (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”³⁰⁸.

— *El precedente en el sistema del common law.*

“En la clásica tradición del Common Law norteamericano, tres son los presupuestos básicos que tiene en cuenta la Suprema Corte para dictar un precedente con efectos vinculantes sobre toda la judicatura a la que por excelencia se dirige el mensaje del precedente jurisdiccional; a saber:

- A) En primer lugar, la Corte dicta un precedente con efectos vinculantes cuando evidencie que en los niveles inferiores de la judicatura se dan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a un caso determinado.
- B) La segunda razón que amerita el dictado de un precedente está referida a la necesidad de llenar un vacío legislativo o una laguna de las leyes. Se trata de hacer frente al caso construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional.
- C) Finalmente, la tercera razón es la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sentando un nuevo precedente que anula uno anterior (la conocida práctica del *overruling*)”³⁰⁹.

— *Cambio de precedente.*

“La decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del civil law, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del common law. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique.

De este modo, aun en los sistemas donde el precedente es la fuente principal de organización de su sistema jurídico, se han previsto mecanismos no sólo para ‘evadir’ sus efectos mediante la técnica del *distinguishing* en el caso de los tribunales inferiores; sino incluso para ‘cambiarlo’ por un nuevo precedente, en el caso del propio Tribunal que lo ha establecido con efecto vinculante.

³⁰⁸ STC 03741-2004-AA, FJ 42 y 43.

³⁰⁹ STC 03741-2004-AA, FJ 37.

Con relación al overruling, dentro del sistema del common law norteamericano (Juez Kennedy, en la sentencia *Patterson v. Malean Credit Union*, 1989, 172), se ha sostenido lo siguiente:

“Nuestros precedentes no son sacrosantos, porque nosotros hacemos Overruling respecto de decisiones previas cuando la necesidad y prioridad así lo establecen. No obstante, hemos sostenido que, “cualquier salida de la doctrina de stare decisis demanda una especial justificación””.

En este sentido, la técnica del overruling permite cambiar un precedente en su ‘núcleo normativo’ aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (prospective overruling). Precisamente, la técnica del prospective overruling se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita en una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas.

El cambio de precedente es también una práctica habitual en los Tribunales Constitucionales de los sistemas del civil law.

La técnica del prospective overruling ha sido ya asumida en un caso anterior resuelto por este Colegiado. En la sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, caso Juan Carlos Calleghari Herazo, se decidió cambiar la jurisprudencia con relación al tema de los pases al retiro de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, pues se realizó una nueva interpretación de las prerrogativas conferidas al Presidente de la República, contenidas en el artículo 167º de la Constitución. En dicha oportunidad se sostuvo además, de modo expreso que

(...) dicho cambio sólo deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente”³¹⁰.

“La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
- b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- c) Determinación de sus efectos en el tiempo”³¹¹.

— *La eficacia prospectiva del precedente vinculante (prospective overruling)*.

“El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (vacatio sententiae), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para

³¹⁰ STC 3361-2004-PA, FJ 4 a 6.

³¹¹ STC 0024-2003-AI.

evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional.

La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de trato sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

- a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.
- b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.

Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo [Expediente N.º 0090-2004-AA/TC], en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, en dicho proceso, fijó lo siguiente: “Este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen: (...)”.

Cabe recordar que sobre dicha materia, la decisión de diferir la aplicación de las nuevas reglas tuvo como justificación el que hasta ese momento tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional habían declarado en innumerables sentencias que el pase a la situación de retiro por causal de renovación estaba sujeto a la regla de discrecionalidad³¹².

³¹² STC 0024-2003-AI.

En igual tesitura, el Tribunal Constitucional ha reiterado en los siguientes años la aplicación del *prospective overruling* precisando que:

“En tal sentido si bien es cierto que con la emisión de la Resolución N.º 323-2003-CNM podría considerarse que se ha vulnerado el derecho constitucional al debido proceso –toda vez que dicha resolución adolece de falta de motivación respecto de las razones justificantes de la decisión de no ratificar al actor en el cargo de Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Junín–, en el fundamento 7 de la STC 3361-2004-AA/TC, a que se ha hecho referencia en el Fundamento I, supra, este Tribunal ha anunciado que ‘[...] en lo sucesivo y conforme a lo que se establezca en el fallo de esta sentencia, los criterios asumidos en este caso deberán respetarse como precedente vinculante conforme al artículo VII del Título Preliminar del CPC, tanto a nivel judicial como también por el propio CNM. Es decir, en los futuros procedimientos de evaluación y ratificación el CNM debe utilizar las nuevas reglas que se desarrollarán en la presente sentencia’.

Siendo así ha de aplicarse el *prospective overruling*, mecanismo mediante el cual todo cambio en la jurisprudencia no adquiere eficacia para el caso decidido sino para los hechos producidos con posterioridad al nuevo precedente establecido. En el caso de autos, la Resolución N.º 323-2003-CNM fue emitida el 1 de agosto de 2003 y fue publicada el 4 de agosto del mismo año, es decir, antes de la emisión de la sentencia que configura el nuevo precedente, razón por la cual la demanda de autos no puede ser estimada”³¹³.

10. Doctrina constitucional.

Vinculado a la problemática del precedente vinculante, y con anterioridad a su existencia, el TC describe una aproximación conceptual de lo que entiende por doctrina constitucional reafirmando así su postura en vinculación al art. VI del TP del C.P.Const., como la doctrina jurisprudencial, y el art. VII relacionado al precedente vinculante. De nuestra parte, podemos aseverar que todo precedente vinculante es doctrina jurisprudencial; pero no toda doctrina jurisprudencial es precedente vinculante. Veamos lo que el TC ha explicitado sobre la doctrina constitucional.

— *Noción.*

“Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las pros-

³¹³ STC 03788-2007-PA, FJ. 5 y 6.

cripciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde”³¹⁴.

II. Sentencia constitucional.

a) *Noción.*

En los últimos tiempos, el TC peruano ha venido desarrollando una intensa labor de hiperactivismo judicial; sobre muchos aspectos de naturaleza procesal. Entre ellos, destaca el desarrollo amplio de las sentencias constitucionales.

Por lo pronto, todas las sentencias son constitucionales o deben serlo, en la medida que deben basarse en la Constitución y deben respetarla. Y si esto no sucede, pues simplemente estamos ante sentencias inconstitucionales, contra las cuales en numerosos ordenamientos existen remedios para conjurarlas. Pero esto en puridad no es lo que ahora nos interesa. Lo que nos preocupa más bien es el sentido estricto de lo que es una sentencia constitucional. Y por ella debemos entender la que es resultado de un proceso constitucional, si por tal entendemos lo que regula cada legislación positiva, en nuestro caso, el Código Procesal Constitucional. Adelantando una definición se podría sostener que sentencia constitucional es toda aquella resolución que pone punto final a un proceso constitucional, sea en sede judicial, sea en sede constitucional. Pero con carácter de firme. Por su parte el TC ha definido a la sentencia constitucional como:

“[...] Estas [las sentencias en materia constitucional] aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional”³¹⁵.

Deslindando de la conceptualización que le imprime la legislación procesal civil, el TC ha considerado delinear la estructura interna de sus propios fallos, asimilando con ello el influjo de la doctrina comparada y ciertas características que le perfilan algunos tribunales como la Corte Constitucional de Colombia. Así, el TC ha expresado que sus fallos se componen de los siguientes elementos: la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente (la *ratio decidendi*), la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*). Veamos:

“[...] la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos: la razón declarativa-teológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*)”³¹⁶.

³¹⁴ STC 4853-2004-PA, FJ 15.

³¹⁵ STC 00024-2003-PI, párrafo segundo de los Fundamentos Jurídicos.

³¹⁶ STC 00024-2003-PI, párrafo quinto de los Fundamentos Jurídicos.

b) Valor.

Sobre la importancia que en el Estado Constitucional de Derecho ha adquirido la sentencia constitucional, el TC ha expresado:

“[...] [e]l valor de la sentencia constitucional se encuentra no sólo en la ponderación objetiva de su función en el marco del ordenamiento constitucional, sino por los efectos derivados de la vis subjetiva de la decisión judicial estimatoria que deviene en ejecutada en sus propios términos; es decir, como componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 139º inciso 3 de la Constitución) [...] y como la principal forma restitutiva de los derechos fundamentales lesionados en la relación jurídica material que es llevada a proceso, permitiendo que las situaciones inconstitucionales se modifiquen o reviertan”³¹⁷.

c) Finalidad.

Aun cuando subyace en toda sentencia un fin concreto que es definir una incertidumbre jurídica e impartir a las partes el derecho que les corresponde, el TC ha perfilado un norte que el propio Código Procesal Constitucional ha establecido. Así, ha señalado que:

“[...] En suma, permiten cautelar la supremacía jerárquica de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. Por ende, rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política”³¹⁸.

— Finalidad en los procesos de la libertad.

“[...] Así, en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta 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”³¹⁹.

— Finalidad de su expedición en los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad.

“[...] en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa”³²⁰.

³¹⁷ RTC 0168-2007-Q, sexto considerando.

³¹⁸ STC 00024-2003-PI, párrafo tercero de los Fundamentos Jurídicos.

³¹⁹ STC 00024-2003-PI, párrafo tercero de los Fundamentos Jurídicos.

³²⁰ STC 00024-2003-PI, párrafo tercero de los Fundamentos Jurídicos.

— *Finalidad de su expedición en los procesos competenciales.*

“[...] en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales”³²¹.

d) Estructura de las sentencias constitucionales.

Deslindando de la conceptualización que le imprime la legislación procesal civil, el TC ha considerado delinear la estructura interna de sus propios fallos, asimilando con ello el influjo de la doctrina comparada y ciertas características que le perfilan algunos tribunales como la Corte Constitucional de Colombia. Así, el TC ha expresado que sus fallos se componen de los siguientes elementos: la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente (la ratio decidendi), la razón subsidiaria o accidental (obiter dicta), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (decisum). Veamos.

a) La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y telológicas insertas en la Constitución.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogitada por el Colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto supra.

b) La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

c) La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Consti-

³²¹ STC 00024-2003-PI, párrafo tercero de los Fundamentos Jurídicos.

tucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva in genere para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen. Ergo expone una visión mas allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia.

En efecto, en algunas circunstancias la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad de estas sentencias es orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional emplea la razón subsidiaria o accidental en aquellas circunstancias en donde, a través del proceso de conocimiento de una determinada materia constitucional, establece un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación a dicha materia.

Este pronunciamiento, a modo de dicta, permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables “predecir” o “pronosticar” la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexa al caso en donde aparece manifestada.

d) La invocación preceptiva es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.

e) La decisión o fallo constitucional es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

En puridad, la decisión o fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógicamente y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso constitucional.

En suma, la decisión o fallo constitucional constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual el Tribunal Constitucional estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional³²².

³²² STC 0024-2003-AI.

e) *Tipología de las sentencias constitucionales.*

El Tribunal Constitucional, a lo largo de su desarrollo jurisprudencial, ha establecido una clasificación de sentencias constitucionales clásica, dividiéndolas en sentencias estimativas y sentencias desestimativas. Sin embargo, más allá de la “forma” concreta que adopte el fallo, entre cualquiera de estas dos modalidades, el TC ha definido los distintos tipos de sentencias que pueden dictarse, atendiendo al contenido dispositivo que presentan. Así, ha establecido las distintas categorías de sentencias interpretativas y manipulativas, que configuran una forma singular de clasificación y que responde a la especificidad del objeto del Derecho Procesal Constitucional. A continuación detallaremos el tratamiento efectuado por el TC.

A) Sentencias estimativas

“[S]on aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. Las sentencias estimativas pueden ser de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas)”³²³.

— *Clases de sentencias estimativas.*

1. Sentencias de simple anulación.

“En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico”³²⁴.

2. Sentencias interpretativas propiamente dichas.

“En este caso el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida.

Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado “normas nuevas”, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución”³²⁵.

³²³ STC 0004-2004-CC, FJ 3.

³²⁴ STC 0004-2004-CC, FJ 3.1.

³²⁵ STC 0004-2004-CC, FJ 3.2.

3. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas).

“En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada “eliminando” del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución”³²⁶.

— *Clases de sentencias manipulativas.*

3.1. Sentencias reductoras.

“Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primicialmente previstos.

En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto”³²⁷.

³²⁶ STC 0004-2004-CC, FJ 3.3.

³²⁷ STC 0004-2004-CC, FJ 3.3.1.

3.2. Sentencias aditivas.

“Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En ese contexto procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción rónica presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada”³²⁸.

3.3. Sentencias sustitutivas.

“Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional–, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial”³²⁹.

³²⁸ STC 0004-2004-CC, FJ 3.3.2.

³²⁹ STC 0004-2004-CC, FJ 3.3.3.

3.4. Sentencias exhortativas.

“Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales.

Como puede observarse, si en sede constitucional se considera *ipso facto* que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada³³⁰.

La exhortación que puede contener este tipo de sentencias puede formularse de tres formas a saber:

- Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.

- Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se produce cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.

- Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva³³¹.

—*Sentencias exhortativas no vinculantes.*

“Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, estrictu sensu, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional³³².

³³⁰ STC 0004-2004-CC, FJ 3.3.4.

³³¹ STC 0004-2004-CC, FJ 3.3.4. cuarto párrafo.

³³² STC 0004-2004-CC, FJ 3.3.4. quinto párrafo.

B) Sentencias desestimativas.

“Las sentencias desestimativas son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo”³³³.

— *Clases de sentencias desestimativas.*

1. Sentencias desestimativas por rechazo simple.

“En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley”³³⁴.

2. Sentencias desestimativas por sentido interpretativo (interpretación *strictu sensu*).

“En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que éste considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del texto supra. Por ende, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de ‘acuerdo’ con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida”³³⁵.

— *Un nuevo tipo de sentencia constitucional: la sentencia de aviso.*

Consideramos importante, en este punto, detenernos en un aspecto que si bien aún no ha sido desarrollado a través de alguna sentencia del Tribunal Constitucional peruano, sí ha sido resaltado por el magistrado Landa Arroyo. Se trata de lo que en doctrina se conoce como “*sentencia de aviso*” (Warn-oder Signalentscheidung), tipo de sentencia de carácter desestimativo, cuyo contenido establece una advertencia respecto de la posibilidad futura de efectos inconstitucionales de una norma legal ya enjuiciada. Así, el fundamento de voto de dicho magistrado expresa:

³³³ STC 0004-2004-CC, FJ 4.

³³⁴ STC 0004-2004-CC, FJ 4.1.

³³⁵ STC 0004-2004-CC, FJ 4.2.

“[La] situación es considerada, en el momento en que [la norma] se dicta, como todavía conforme con la Constitución, [...] en el futuro puede devenir en incompatible con la Constitución, si es que no se previenen algunos factores que puedan hacer de la ley impugnada inconstitucional”³³⁶.

De acuerdo con dicha concepción, se entiende que el Tribunal Constitucional cuenta con la facultad de establecer pautas al interior de una sentencia de inconstitucionalidad o en su fallo, destinadas a perfeccionar la ejecución de la norma legal ya analizada, a fin de evitar un nuevo enjuiciamiento por haberse generado efectos inconstitucionales posteriores al primer análisis de constitucionalidad. De ese modo, el efecto que promueve este tipo de sentencia es el correcto uso de la norma legal ya enjuiciada a los parámetros de normalidad constitucional que se exige en un Estado de Democrático de Derecho, evitando efectos inconstitucionales de la norma en su ejecución.

— *Fundamento constitucional y legitimidad de las sentencias interpretativas.*

“Al comprender que la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, se comprende también que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, no su enemiga.

El principio de separación de poderes, recogido en el artículo 43º de la Constitución, busca asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38º, 45º y 51º).

Dado que el artículo 201º de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional “es independiente y autónomo” en el ejercicio de sus competencias, como intérprete supremo de la Constitución (artículo 201º, 202º de la Constitución y 1º de la LOTC) goza de un amplio margen en la determinación de los métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201º de la Constitución). Todo ello, claro está, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental deriven.

Cada una de las distintas clases de sentencias interpretativas e integrativas (Vid. STC 0004-2004-CC, Fundamento 3.3), según se expone a continuación, encuentran su fundamento normativo en diversas disposiciones constitucionales.

Dado que al Parlamento asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93º), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución. De esta manera, el fundamento constitucional de las sen-

³³⁶ Segundo considerando del fundamento de voto del Magistrado Landa Arroyo, recaído en la STC 009-2008-PI.

tencias interpretativas propiamente dichas se encuentra en los artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); ergo, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93º de la Constitución.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45º de la Constitución, de actuar con las responsabilidades que ésta exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber —en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan— de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según reza el artículo 139º, inciso 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

De otro lado, dado que en la generalidad de los casos las sentencias aditivas e integrativas, buscan reparar la desigualdad derivada de aquello que se ha omitido prescribir en la disposición sometida a control, el fundamento normativo para declarar la inconstitucionalidad de la omisión descrita, a efectos de entender incluido en el supuesto normativo de la disposición al grupo originalmente discriminado, se encuentra en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, que proclama la igualdad ante la ley y proscribido todo tipo de discriminación, en su artículo 200º in fine, que reconoce el principio de razonabilidad (principio que transita y se proyecta a la totalidad del ordenamiento jurídico), y en el artículo 51º, que exige la unidad constitucional del ordenamiento jurídico.

Sin duda, la jurisdicción no puede legislar desde un punto de vista formal; es decir, no tiene la capacidad de creación jurídica ex novo dentro del marco constitucional, pues dicha competencia ha sido reservada constitucionalmente al Congreso (artículos 90º y 102º 1) y, en su caso, al Poder Ejecutivo, a través del dictado de decretos legislativos (artículo 104º) o decretos de urgencia (artículo 188º, inciso 19). Sin embargo, dado que la sentencia constitucional conlleva una función interpretativa (concretizadora) de la Constitución y las leyes, es también fuente de derecho, pues permite definir con carácter vinculante y efectos generales los alcances normativos de sus disposiciones. Por ello, cuando los artículos 138º, 201º, 202º, inciso 1, y 204º, establecen el control difuso y concentrado de constitucionalidad de las leyes, no reservan a la jurisdicción constitucional solamente garantizar el respeto por la Constitución, sino también, en el marco del proceso constitucional, promocionar y proyectar su postulado normativo (artículos 38º y 45º de la Constitución).

De otro lado, las sentencias exhortativas propiamente dichas, en las que el Tribunal Constitucional modula los efectos en el tiempo de sus sentencias de manera tal que el Congreso de la República pueda, por vía legal, adoptar las medidas que eviten las consecuencias inconstitucionales que puedan derivarse de la expulsión de una ley del ordenamiento, no sólo tienen sustento constitucional en el artículo 45º, que exige a este Tribunal medir responsablemente las consecuencias de sus decisiones, sino también en la fuerza de ley de dichas sentencias, prevista en el tercer párrafo del artículo 103º de la Constitución, y, en consecuencia, en los distintos

efectos temporales que aquellas pueden alcanzar, sobretodo cuando versan sobre materias específicas, como la tributaria (artículo 74º) y penal (artículo 103º).

Es indudable que si el TC no procediera de la forma descrita y, por el contrario, se limitara a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sin ningún tipo de ponderación o fórmula intermedia, como la que ofrecen las referidas sentencias, el resultado sería manifiestamente inconstitucional y entonces nos encontraríamos en el escenario de un Tribunal que, con sus resoluciones, fomentaría un verdadero clima de inseguridad jurídica, en nada favorable al Estado social y democrático de derecho. Basta con imaginarse el drama en el que se hubiera situado al Congreso de la República y al propio Poder Judicial si —sin ningún criterio interpretativo o de modulación de efectos en el tiempo— este Tribunal hubiese declarado inconstitucionales, por ejemplo, las normas que, años atrás, regulaban los procesos seguidos contra el terrorismo (STC 0010-2002-AI) o ante la jurisdicción militar (STC 0023-2003-AI).

La Constitución normativa no sólo se hace efectiva cuando se expulsa del ordenamiento la legislación incompatible con ella, sino también cuando se exige que todos los días las leyes deban ser interpretadas y aplicadas de conformidad con ella (sentencias interpretativas); cuando se adecua (o se exige adecuar) a éstas a la Constitución (sentencias sustitutivas, aditivas, exhortativas); o cuando se impide que la Constitución se resienta sensiblemente por una declaración simple de inconstitucionalidad, no teniéndose en cuenta las consecuencias que ésta genera en el ordenamiento jurídico (sentencias de mera incompatibilidad).

El reconocimiento de que al Parlamento asiste la legitimidad directa del pueblo (artículo 93º de la Constitución), el deber de concebir al ordenamiento jurídico como una proyección unitaria y armónica de los valores constitucionales (artículo 51º de la Constitución) y el deber de la jurisdicción constitucional de actuar “con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45º de la Constitución), exigen que la sentencia constitucional, no sólo pueda ser una afirmación o negación de la ley, sino también su complemento, de modo tal que, por vía de la interpretación constitucional, se evite, en la medida de lo posible, la expulsión de la ley del ordenamiento, si de ello se pueden derivar inconstitucionalidades mayores a aquella en la que incurre”³³⁷.

— *Límites de las sentencias interpretativas o integrativas (“manipulativas”)*

“la expedición de sentencias interpretativas (como una actividad excepcional) por parte de este Colegiado no es una facultad que se ejerza a pedido de las partes en un proceso constitucional, sino que obedece a los fines de hacer prevalecer el interés objetivo de la Constitución y los principios de conservación de las leyes y de interpretación de la ley conforme con la Constitución”³³⁸.

“[L]os límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

³³⁷ STC 0030-2005-AI, FF.JJ. 50-59.

³³⁸ STC 00029-2008-PI, FJ 12

a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43 de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho ex novo dentro del marco constitucional (artículos 90 y 102, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas sólo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía secundum constitutionem.

b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.

c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45 de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.

d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.

e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado³³⁹.

f) Efectos de la sentencia constitucional.

Según lo dispuesto por el artículo 204 de la Constitución, las sentencias de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos. Pese a ello, dicha norma constitucional encuentra excepciones en los artículos 74 y 103 del propio Texto Constitucional y en el artículo 81 del Código Procesal Constitucional, pues en el análisis de normas de carácter tributario y penal, que son enjuiciadas a través de procesos de inconstitucionalidad, corresponde establecer un régimen especial respecto de los efectos que desplegaron durante su vigencia, a fin de evitar la

³³⁹ STC 00030-2005-PI, FJ 61.

fractura del sistema jurídico con la permisibilidad de efectos contrarios a la Constitución y a los derechos fundamentales.

Es por ello que resulta de vital importancia la modulación de los efectos que este tipo de pronunciamientos genera en el ordenamiento jurídico, respecto de aquellas disposiciones legales que, habiéndose confirmado su constitucionalidad, –luego de su interpretación conforme con la Constitución–, o habiéndose declarado su inconstitucionalidad, generaron efectos lesivos, a fin de restaurar el orden constitucional a través del establecimiento de parámetros de interpretación que permitan la reparación de las lesiones ocasionadas y eviten futuras lesiones. Así, en el caso del cuestionamiento de la constitucionalidad de los arbitrios municipales, el TC, tomando en cuenta los efectos que podría generar la expulsión de aquellas ordenanzas municipales viciadas de inconstitucionalidad, por no haberse observado las formalidades legales respectivas para su exigibilidad y las consecuencias presupuestarias que ocasionaría dicha sentencia, fijó los siguientes parámetros:

“Así, en materia tributaria, conforme se establece en el segundo párrafo del art. 36 de la LOTC, “(...) el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo” y resolver “(...) lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia”.

Esta atribución permite al Tribunal Constitucional decidir, en materia tributaria, si los efectos de sus sentencias deben ser a futuro (*ex nunc*) o con carácter retroactivo (*ex tunc*), en cuya deliberación, evaluaciones en torno al coste económico, jurídico y político de su decisión adquieren especial relevancia.

La trascendencia del presente caso, dada la creciente expectativa de los contribuyentes y gobiernos respecto a la cuantificación de los arbitrios municipales, hace necesario que este Tribunal Constitucional delimite los posibles efectos de su decisión y que se obtenga de ella lo más valioso para la sociedad (...).

En este escenario, un primer aspecto a considerar es que la declaración de inconstitucionalidad de las Ordenanzas impugnadas con efecto retroactivo (*ex tunc*), involucraría la devolución o compensación de la totalidad de lo recaudado de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario, por tratarse de pagos indebidos. Esta posibilidad –dada la antigüedad de algunas normas impugnadas y la vigencia de sus efectos, situación que se agrava, considerando que es una problemática que se reproduce a nivel nacional –, crearía un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes, a quienes finalmente se busca garantizar.

Las cuantiosas devoluciones que habilitaría un fallo con efectos retroactivos, harían inviable la propia continuidad y mantenimiento de los servicios que hoy en día deben suministrar los municipios, y con ello, la propia gestión municipal. Este, a nuestro juicio, es el argumento que impide a este Tribunal hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad con efecto retroactivo.

Y es que, en la valoración, de las consideraciones expuestas, el principio de *unidad de la Constitución* y el de *concordancia práctica*, nos obliga a buscar un justo equilibrio entre la capacidad de los municipios para seguir gestionando servicios y el respeto a los principios constitucionales para la creación de tributos (...).

La decisión de no otorgar retroactividad a los efectos de esta sentencia no impide que, con justa razón, se determine dejar sin efecto cualquier cobranza en trámite, así como impedir el inicio de cualquier procedimiento cuya finalidad sea la de ejecutar el cobro de deudas originadas en las normas declaradas inconstitucionales. Con ello, se impide la aplicación de normas inconstitucionales a hechos pasados que no hayan quedado agotados³⁴⁰.

g) Ejecución de la sentencia constitucional.

El aspecto quizás más importante actualmente respecto a la sentencia constitucional sea el de su eficacia. El cumplimiento o ejecución de las sentencias constitucionales es un aspecto que en reiterada jurisprudencia el Tribunal ha dicho que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; por lo que el Tribunal además de afianzar y desarrollar los apremios establecidos en el Código Procesal Constitucional, ha incorporado otras formas de eficacia de la sentencia constitucional o de expansión de sus efectos como es el paradigmático caso de la declaración del “estado de cosas inconstitucionales”. Veamos lo que ha dicho el TC sobre la ejecución de las sentencias constitucionales:

— *Necesidad de una nueva teoría material constitucional para su actuación.*

“[...] La sentencia constitucional requiere,[...] pues, de una teoría material constitucional que la fundamente, dotándola de nuevas herramientas de actuación que abandonen la idea clásica de clasificación entre actos de declaración del derecho y actos de ejecución. Ello en atención a que la sentencia que interpreta con la máxima fuerza jurídica las disposiciones constitucionales ocupa una posición de primer orden entre los actos públicos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho; verificada además, la especial naturaleza de las pretensiones sobre las que se pronuncia (cosa juzgada constitucional [...]); por el valor y la fuerza que le otorga el sistema jurídico a sus interpretaciones (IV Disposición Final de la Constitución, artículos 1° de su propia Ley Orgánica, VI y VII del CPConst.); y, por el poder extrapartes (efectos erga omnes)”³⁴¹.

— *Su ejecución como un problema doctrinal y práctico.*

“[...] [t]al como ya ha sido establecido en reiterada jurisprudencia de este Colegiado (STC 4119-2005-AA, de fecha 9 de noviembre de 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 (art. 22º y 59º del CPConst.), y por el Tribunal Constitucional en cuanto al incumplimiento de sus sentencias por las instancias judiciales (artículo 50º 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

³⁴⁰ STC 00041-2004-PI, FJ 70 a 78.

³⁴¹ RTC 0168-2007-Q, quinto considerando, in fine.

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.[...]”³⁴².

— *Sobre la inconstitucionalidad sobreviniente de la ejecución de la sentencia constitucional*

“(…) así como es una exigencia derivada del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales la ‘identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en la sentencia’, así también existen supuestos en los cuales el surgimiento de hechos nuevos posteriores a la expedición de las sentencias constitucionales pueden convertir al cumplimiento de las mismas en una situación de *inconstitucionalidad sobreviniente o de facto*, que como tal exigen ser reparadas a través de procesos como el de autos (…)

En ese sentido, este Tribunal estima que, para garantizar su condición de supremo intérprete de la Constitución, es preciso entender que los pronunciamientos que este órgano realiza en su función de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, sea que éstos recaigan en procesos de control abstracto o de tutela de derechos, resultan plenamente vinculantes para todos los poderes públicos así como para los particulares, independientemente del tiempo en que dichos pronunciamientos hayan sido formulados, pues así lo exige el principio de seguridad jurídica que forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho (artículos 3º y 43º de la Constitución), así como la condición que ostenta este Colegiado en tanto órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad de las leyes (artículos 201º de la Constitución y 1º de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional) (…)

Por ello, en situaciones en las cuales el principio de seguridad jurídica se vea afectado por la existencia de una disparidad de criterios interpretativos en torno a la constitucionalidad de una misma norma, es el criterio del Tribunal Constitucional el que está llamado a prevalecer, pues así lo exige no sólo el mencionado principio constitucional, sino también la supremacía interpretativa que ostenta este Colegiado³⁴³.

— *Sobre la prevalencia de las sentencias constitucionales por sobre las emitidas en los procesos judiciales ordinarios*

“Argumento adicional, pero no menos trascendente, a considerar en la presente causa, es que las resoluciones judiciales cuestionadas no derivan, por sorprendente que resulte, de un proceso constitucional (en cuyo caso la discusión debe ceñirse a los parámetros descritos en los fundamentos anteriores), sino que derivan, como se ha advertido reiteradamente, de un proceso judicial de ejecución de resoluciones judiciales, regulado conforme a las previsiones contenidas en los artículos 713º y siguientes del Código Procesal Civil.

³⁴² RTC 0168-2007-Q, quinto considerando, primer párrafo.

³⁴³ STC 01601-2012-PA, FJ 19, 23 y 26.

Al respecto, es pertinente destacar varias cosas. La primera, que no es lo mismo el trámite de ejecución de una sentencia que opera al interior de cada proceso (también, por supuesto, al interior de un proceso constitucional), que el citado proceso de ejecución de resoluciones judiciales. Este último, en rigor, es un proceso judicial ordinario de acuerdo a la configuración que le otorga el propio Código Procesal Civil y que opera, normalmente, por defecto o deficiencia en aquellos procesos que no cuentan con un adecuado procedimiento de ejecución en su interior, y el interesado considera pertinente que su sentencia firme requiera ser cumplida por no haberse ello producido.

Considera este Colegiado que la opción por un proceso autónomo de ejecución de sentencia, no es de recibo si de procesos constitucionales se trata, pues no es lo mismo una sentencia constitucional que una ordinaria, habida cuenta de los importantísimos roles que se le confieren al juez constitucional y que no se agotan en una facultad meramente declarativa en torno de sus resoluciones o sentencias. El juez constitucional no agota sus competencias sino hasta el momento en que la tutela constitucional ha quedado totalmente configurada a través del objetivo restitutorio (artículo 1º del Código Procesal Constitucional). De lo contrario, llegaríamos al absurdo de concebir que el juez constitucional requiere a su vez de la tutela del juez ordinario, lo que resultaría inaceptable y, por lo demás, incongruente dentro de un esquema en el que las facultades del primero (juez constitucional) son, por donde se le mire, mucho más amplias e incluso más discrecionales que las del segundo (juez ordinario)”³⁴⁴.

12. Derecho a la tutela procesal efectiva.

Actualmente el control constitucional de las resoluciones judiciales vía los procesos constitucionales de la libertad se puede realizar bajo el marco de lo que el legislador ordinario ha impetrado, sin precedente alguno en nuestra actual jurisdicción constitucional, como la “tutela procesal efectiva”. Aparentemente se trataría de un concepto laxo o genérico pero que ciertamente tiene su encaje constitucional en el art. 139.3, aún cuando dicha cláusula haga una diferenciación del debido proceso y la tutela judicial. En tal situación, el TC ha conceptualizado esta categoría señalando, independientemente de lo que establece el art. 4 del C.P.Const., lo siguiente:

— *Noción.*

“[...] [l]a tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso [...]”³⁴⁵.

³⁴⁴ STC 01601-2012-PA, FJ 29 al 31.

³⁴⁵ STC 6712-2005-PHC, FJ 13.

— *Componentes.*

“[...]La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial.[...]”³⁴⁶.

“[...] Es pertinente recordar que, según la doctrina de nuestro ordenamiento constitucional la tutela jurisdiccional es un derecho "continente" que engloba, a su vez, dos derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste (...) comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...)”³⁴⁷.

— *Parámetro de control de la actuación del poder jurisdiccional del Estado.*

“[...] [L]a enunciación de una lista de derechos que el legislador ha establecido como atributos de la tutela procesal efectiva, para efectos de controlar la actuación de los jueces o incluso de los fiscales en el ámbito de sus respectivas competencias relacionadas con los procesos judiciales, no agota las posibilidades fácticas para el ejercicio de dicho control, ni tampoco quiere significar una lista cerrada de derechos vinculados a la cláusula general de la tutela procesal efectiva. Esto se desprende además de la propia lectura del artículo 4° del CPConst. que al referirse a la tutela procesal efectiva lo define como “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos...”. Una lista enunciativa supone una referencia sobre los alcances de tal derecho, más no debe interpretarse como una lista cerrada de posibles infracciones, puesto que no se trata de un código de prohibiciones sino de posibilidades interpretativas para su mejor aplicación. Resulta por tanto razonable pensar que con tal enunciación no se está estableciendo la imposibilidad de que otros bienes constitucionales, y no solo la tutela procesal, puedan también resultar afectados mediante la actuación del poder jurisdiccional del Estado”³⁴⁸.

— *El derecho de acceso a la justicia como componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.*

“El Tribunal Constitucional ha sostenido en innumerables oportunidades que el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso.

³⁴⁶ STC 6712-2005-PHC, FJ 8.

³⁴⁷ STC 3938-2007-PA, FJ 1.

³⁴⁸ STC 1209-2006-PA, FJ 26, ver RTC 1209-2006-PA, Aclaración de fecha 27 de octubre del 2006.

Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para 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”, como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derecho Humanos.

Sin embargo, su contenido protegido no se agota en garantizar el “derecho al proceso”, entendido como facultad de excitar la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados. En este sentido, su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”, pues, como lo especifica el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe garantizarse el derecho de acceder a un “recurso efectivo”, lo que supone no sólo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias³⁴⁹.

— *El derecho a la ejecución de las decisiones judiciales como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.*

“Tal como lo ha manifestado este Tribunal, el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en nuestra Constitución (artículo 139.º, inciso 3).

Si bien nuestra Carta Fundamental no se refiere en términos de significado a la “efectividad” de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. En este sentido, el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución. Esta obligación constitucional se desprende además de los convenios internacionales de los que el Perú es parte. En efecto, este Tribunal recuerda que el numeral 1) del artículo 25.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En este sentido, este Colegiado ha establecido, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 015-2001-AI/TC (acumulados), que:

³⁴⁹ STC 0010-2001-AI/TC, FJ. 10.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc.).

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido³⁵⁰.

13. Derecho al debido proceso.

Igualmente el TC aparte de la conceptualización arriba anotada de la llamada *tutela procesal efectiva*, ha diseñado intermitentes reflexiones jurisdiccionales de uno de los núcleos duros y rectores que conforman los derechos fundamentales de las partes en conflicto: el debido proceso. Así, ha sostenido este Colegiado que:

— *Noción.*

“[...]el derecho al debido proceso[...] significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos fundamentales”³⁵¹.

“El derecho fundamental al debido proceso, tal como ha sido señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es un derecho –por así decirlo– 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 conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos (STC 07289-2005-AA/TC, FJ 5).

Al respecto, es importante precisar que, sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustancial, de modo tal que el juez constitucional está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que este Colegiado haya señalado, en anteriores pronunciamientos, que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva “se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer” (STC 9727-2005-HC/TC, FJ 7)³⁵².

³⁵⁰ STC 4119-2005-AA/TC, FF.JJ. 64-65. Un tema colateral es el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, véase la STC N.º 02598-2010-PA/TC, FJ. 5 al 17, sobre el deber de protección que recae en el Poder Ejecutivo, así como acerca de la dimensión objetiva del derecho en mención.

³⁵¹ STC 09518-2005-PHC. FJ 2.

³⁵² STC 07022-2006-PA, FJ 5.

“[...] [E]l debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos–, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”³⁵³.

“El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina en forma consolidada, es “un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos. [Bustamante Alarcón, Reynaldo, “El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo”, Cit. por Javier Dolorier Torres en “Diálogo con la Jurisprudencia”, Año 9, número 54, marzo 2003, Gaceta Jurídica, Lima, pág.133]. Con similar criterio, Luis Marcelo De Bernardis define al debido proceso como “el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto”³⁵⁴.

Igualmente y más allá de una caracterización genérica, el Tribunal ha avanzado en desarrollar lo que presupone en rigor del debido proceso; esto es, su contenido esencial. Y así sostiene que:

— *Contenido.*

“[...] [E]l 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, dentro del cual se encuentra el de acceso a los medios impugnatorios[...]”³⁵⁵.

“Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, que el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingre-

³⁵³ STC 00090-2004-PA, FJ 24.

³⁵⁴ STC 0090-2004-AA/TC, FJ. 22.

³⁵⁵ STC 05194-2005-PA, FJ 2.

dientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas”³⁵⁶.

— *Derecho de defensa.*

“[...]el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés”³⁵⁷.

“[...]el ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión

Al respecto cabe señalar que, si bien este Tribunal determinó que es posible bajo ciertos requisitos que las dimensiones material y formal del derecho de defensa puedan ser ejercidas por un procesado que tenga a su vez la condición de abogado (STC 1323-2002-HC); también señaló que no es posible reconocer el ejercicio del derecho de defensa por sí mismo (sin asistencia letrada) a un procesado que no ostenta la calidad de abogado, ya que de lo contrario implicaría someterlo a un estado de indefensión por ausencia de una asistencia letrada, versada en el conocimiento del Derecho y de la técnica de los procedimientos legales, situación que, además, quebranta el principio de igualdad de armas o igualdad procesal de las partes (STCs 2028-2004-HC; 6260-2005-HC; 1919-2006-HC).

En esa línea de razonamiento, este Tribunal considera que la misma situación de indefensión se genera en el caso de que sea el propio imputado quien decida no contar con abogado defensor al momento de rendir su declaración instructiva. Y es que la presencia del abogado defensor en la situación mencionada busca que “(...)

³⁵⁶ STC 10034-2005-PA, FJ 8.

³⁵⁷ STC 5085-2006-AA/TC, FJ. 5.

se vean satisfechas cumplidamente “las reglas del juego” de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes, paliando la inferioridad en que pueda encontrarse el imputado por falta de conocimientos técnicos, de experiencia forense, de serenidad, o por imposibilidad física de actuar, funcionando al mismo tiempo como controlador del regular desenvolvimiento del proceso en interés del imputado” (GIMENO SENDRA, Vicente y DOIG DÍAZ, Yolanda: “El Derecho de Defensa”. Pág. 288. En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor (Coordinador): El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Palestra Editores. Lima, 2005)”³⁵⁸.

“La defensa técnica o letrada consiste en la asistencia de un profesional del Derecho en el proceso, y tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de armas y la efectiva realización de contradictorio, por lo que su ejercicio no puede ser encomendado a efectivos militares que carecen de formación jurídica. Por ello, en el caso de que un procesado no cuente con los recursos económicos que le permitan contar con un defensor de su elección, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de defensa mediante la incorporación de un defensor de oficio”³⁵⁹.

— *Derecho a la prueba.*

“Este Tribunal Constitucional ha señalado (vid. STC 010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos.

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

Atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Esto es así por cuanto el proceso penal no sólo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de los procesados, sino también debe hacer efectiva la responsabilidad jurídico-penal de las personas que sean halladas culpables dentro de un proceso penal”³⁶⁰.

³⁵⁸ STC 1425-2008-PHC/TC, FF.JJ. 5, 10 y 11.

³⁵⁹ STC 0023-2003-AI/TC, FJ. 69.

³⁶⁰ STC 1014-2007-PHC/TC, FF.JJ. 10-11; STC 01557-2012-PHC/TC, FJ. 2 y 3.

“Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188º del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado”³⁶¹.

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

El Tribunal Constitucional español (la N.º 33/1992), en una sentencia atinente concretamente a la denegación de medios probatorios, ha señalado que:

(...) es indiscutible la existencia de una relación entre denegación indebida de pruebas e indefensión, pero no existe indefensión de relevancia constitucional cuando aun existiendo alguna irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, bien porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas rechazadas o bien porque quede acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo en todo caso proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Tal como se puede observar, para que la prueba ofrecida por un inculpado tenga un grado de eficacia tal que pueda ser admitida en un proceso, debe presentar elementos de juicio irrefutables a la luz de la responsabilidad penal atribuida”³⁶².

“Para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad. Ante ello, este Tribunal considera necesario efectuar un análisis de la presunta vulneración del derecho a la prueba respecto de los presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido.

³⁶¹ STC 6712-2005-PHC/TC, F.J. 15.

³⁶² STC 6712-2005-PHC/TC, F.J. 22.

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos.

En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos.

En tal sentido, es imperioso que se realice un análisis de cuál es el rol que cumple el medio probatorio, ya que así se podrá determinar, entre otras cosas, si el momento en que fue postulado era el que correspondía según las normas procesales sobre la materia.

Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

- *Pertinencia*: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.
- *Conducencia o idoneidad*: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.
- *Utilidad*: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.
- *Licitud*: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.
- *Preclusión o eventualidad*: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

A partir básicamente de esta última exigencia, corresponde analizar qué sucede en el caso nacional con relación a los plazos en las solicitudes probatorias³⁶³.

³⁶³ STC 6712-2005-PHC/TC, FJ. 26.

— *Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.*

“[...]no de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver”³⁶⁴.

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Así, en el Exp. N.º 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N.º 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) Falta de motivación interna del razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando

³⁶⁴ STC 04989-2006-PHC, FJ 11.

las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una

concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) Motivaciones cualificadas.- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal”³⁶⁵.

“La certeza judicial es el derecho de todo procesado a que las sentencias o resoluciones estén motivadas, la exposición de un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. Esta figura es acorde con la Constitución, cuando señala en su artículo 139.º, inciso 5), que es un principio de la función jurisdiccional,

(...) la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”³⁶⁶.

— *Derecho a la pluralidad de instancias*

“El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F. J. 2; 5019-2009-PHC, F. J. 2; 2596-2010-PA; F. J. 4).

Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (Cfr. RRTC 3261-2005-PA, F. J. 3; 5108-2008-PA, F. J. 5; 5415-2008-PA, F. J. 6; y STC 0607-2009-PA, F. J. 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139º, inciso 14, de la Constitución.

³⁶⁵ STC 0728-2008-PHC/TC, F.J. 7.

³⁶⁶ STC 3361-2004-AA/TC, F.J. 37.

Ahora bien, inmediatamente este Tribunal ha advertido que el derecho subexamine, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es uno de configuración legal: "...el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior" (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 4; 10490-2006-PA, F. J. 11; 6476-2008-PA, F. J. 7).

Que el derecho a los medios impugnatorios sea un derecho fundamental de configuración legal, implica que "corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir" (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 5; 0962-2007-PA, F. J. 4; 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 6036-2009-PA, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 5).

13. El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y, a su vez –en tanto derecho fundamental de configuración legal–, un contenido delimitable por el legislador democrático, genera, entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que el referido derecho "no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso" (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 2596-2010-PA; F. J. 5). Y es que, si así fuese, no solo resultaría que el legislador carecería de margen de acción en la delimitación del derecho (lo que, en este caso, sería contrario al principio democrático –artículos 43º y 93º de la Constitución–), sino que, además, incluso en aquellos ámbitos ajenos al contenido esencial del derecho, éste resultaría oponible, exista o no previsión legal del recurso impugnatorio, lo cual resultaría violatorio del derecho fundamental en virtud del cual "[n]inguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos" (artículo 139º, inciso 3, de la Constitución).

Por lo expuesto, es de recibo que este Tribunal determine el contenido esencial, prima facie, del derecho a la pluralidad de la instancia, es decir, el núcleo mínimo que resulta indisponible para el legislador, y, por consiguiente, proyectado como vinculante, directamente, desde el propio artículo 139º, inciso 6, de la Constitución. Dicha determinación implica responder a la pregunta acerca de qué resoluciones judiciales son las necesariamente impugnables, así como a la pregunta acerca de cuántas veces tales resoluciones son susceptibles de impugnación.

En realidad la segunda interrogante ya ha sido abordada por este Tribunal. Es claro que la instancia plural —sin perjuicio de lo que más adelante se precise en relación con la incidencia del derecho a la pluralidad de la instancia en las decisiones de órganos jurisdiccionales colegiados no penales— queda satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas (Cfr. RTC 3261-2005-PA, F. J. 3; STC 6149-2006-PA, FF. JJ. 26 – 27). Es, pues, la primera interrogante (¿qué resoluciones judiciales son las necesariamente impugnables?) la que requiere analizarse detenidamente.

Con tal finalidad, por mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitu-

cional, es imperativo acudir a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, y a la interpretación que de éstos realizan los tribunales internacionales competentes. Sobre el particular, el artículo 8º, inciso 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establece que “[d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad”, como garantía mínima, “a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Por su parte, el artículo 14º, inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Los dispositivos reseñados permiten sostener, en primer término, que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a recurrir las sentencias que le impongan una condena penal. Asimismo, este Tribunal interpreta que, siendo subyacente a dicha previsión fundamental, entre otras cosas, el proteger directa y debidamente el derecho fundamental a la libertad personal, también pertenece al contenido esencial del derecho, el tener oportunidad de recurrir toda resolución judicial que imponga directamente a la persona una medida seria de coerción personal (vg. una medida de detención judicial preventiva).

Asimismo, la necesidad de eficacia del recurso exige que el tribunal ante el que se recurra ejerza un control razonablemente amplio de los factores que pudieron determinar la sentencia condenatoria, de forma tal que el derecho a la valoración plural alcance real virtualidad tanto en un sentido formal como material. En esta línea, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, tiene expuesto que “el artículo 8.2.h [de la CADH] se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, de normas de Derecho que determinen la parte resolutoria de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas” (Cfr. *Abella y otros vs. Argentina*, Caso 11.137, Informe 55/97, CIDH, OEA/Ser/L/V/II.97, del 18 de noviembre de 1997, párrafo 261).

De otra parte, si bien una interpretación aislada del artículo 14º, inciso 5, del PIDCP, puede llevar a la conclusión de que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia se agota en la posibilidad de recurrir los fallos condenatorios emitidos en los procesos penales, el Tribunal Constitucional aprecia que no es ése un criterio acertado. No solo porque, según se ha sostenido supra, él cobija también el derecho de impugnación de otras resoluciones judiciales, como aquéllas

que limitan seriamente la libertad personal, sino también porque, a diferencia del PIDCP, la CADH no es tan exigua al delimitar los alcances del derecho. En efecto, según quedó expuesto, su artículo 8º, inciso 2, literal h), expresa que “[d]urante el proceso” (sin precisar cuál), “toda persona tiene derecho, en plena igualdad”, como garantía mínima, “a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (sin aludir a un fallo condenatorio). Es en dicha línea que la Corte Interamericana, se ha preocupado en precisar “que a pesar de que el [artículo 8º de la CADH] 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” (Cfr. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 70).

A la luz de estos criterios, el Tribunal Constitucional considera que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, comprende el derecho a recurrir la sentencia emitida en procesos distintos del penal, entendida como la resolución judicial que, por vía heterocompositiva, resuelve el fondo del litigio planteado, así como toda resolución judicial que, sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto, tiene vocación de poner fin al proceso.

Ahora bien, tanto el artículo 14º, inciso 5, del PIDCP, como el artículo 8º, inciso 2, literal h), de la CADH, señalan que el derecho al recurso debe ejercerse ante un juez o tribunal “superior”. A juicio del Tribunal Constitucional, esta exigencia guarda relación con una característica del telos del derecho a la pluralidad de instancia, cual es el acceso, a través del recurso, a una razón más experimentada en comparación con aquella que emitió la primera resolución. Dado que en abstracto no es posible garantizar subjetivamente dicha mayor cualificación, los sistemas jurídicos buscan garantizarla, usualmente, a través de presunciones sustentadas en criterios objetivos tales como la mayor jerarquía, rango o grado del tribunal revisor, y la presencia de exigencias para el nombramiento más rigurosas en función de la jerarquía del cargo judicial en el que se pretende ser nombrado.

Así las cosas, si es finalidad del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el acceso a una razón experimentada y plural, cabe interrogarse si el legislador está obligado a regular un recurso contra las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales colegiados, toda vez que éstos son por definición instancias plurales, y guardan, presumidamente, cierta cualificación por ostentar una jerarquía, cuando menos, de mediano rango. A juicio del Tribunal Constitucional, dicha obligación, por pertenecer al contenido esencial del derecho, existe inequívocamente con relación a sentencias penales condenatorias y con relación, en general, a resoluciones judiciales que limiten el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal o de algún otro derecho fundamental. No obstante, en relación con asuntos distintos de éstos, la determinación de recursos contra resoluciones judiciales emitidas por tribunales colegiados, pertenece al ámbito de configuración legal del derecho fundamental a la pluralidad de instancia, más no a su contenido constitucional esencial o indisponible.

En resumen, a criterio del Tribunal Constitucional, prima facie y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra:

- a) La sentencia que le imponga una condena penal.
- b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida seria de coerción personal.
- c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.
- d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental³⁶⁷.

— *Derecho a la motivación de los actos administrativos.*

“Entre estas garantías, el derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se apliquen.

Cabe acotar que la Constitución no establece una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

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.

³⁶⁷ STC 4235-2010-PHC/TC, FF.JJ. 8-25.

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.º 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo”³⁶⁸.

“Por tanto, la motivación de los actos administrativos constituye una garantía constitucional del administrado que busca evitar arbitrariedades de la Administración al emitir tales actos. En ese sentido, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el artículo IV del Título preliminar establece que el debido procedimiento es uno de los principios del procedimiento administrativo, mediante el cual se reconoce que ‘Los administrados gozan de todos los derechos y las garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (...)’.

Los artículos 3.4, 6.1, 6.2, y 6.3, de la ley en mención señalan, respectivamente, que, para su validez ‘El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. [...] La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado [...]. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto [...]. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto [...]’ (énfasis agregado)

A mayor abundamiento, incluso cuando se hubiera efectuado una motivación por remisión, el artículo 24.1.1 exige a la Administración que la notificación contenga ‘El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación’.

Por último, se debe mencionar que el artículo 239.4, correspondiente al Capítulo II del Título IV ‘Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la administración pública’, señala que serán pasibles de sanción ‘Las autoridades y el personal al servicio de las entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual, [que] incurren en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente con amonestación, suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de: (...) Resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia”³⁶⁹.

³⁶⁸ STC 0091-2005-PA/TC, FJ. 9. Criterio reiterado en las SSTC N.º 0294-2005-PA, 5514-2003-PA y 4196-2011-PA.

³⁶⁹ STC 02038-2011-PA, FJ. 6 al 9. Igualmente, ver STC 04196-2011-PA/TC, FJ 5 y 6; y STC N.º 04909-2011-PA, FJ 4.

— *Cosa juzgada.*

En el marco del debido proceso, bien cabe incorporar el derecho a la cosa juzgada, que se ubica dentro de este segmento. El Tribunal Constitucional ha realizado una serie de conceptualizaciones en torno a esta materia. Así, ha indicado entre otras cosas, que la cosa juzgada tiene un “doble contenido formal y material”. Veamos:

“Que en consecuencia es necesario señalar que la doctrina ha establecido un doble contenido respecto de la cosa juzgada, el cual ha sido acogido por este Colegio al establecer que existe un ‘(...) contenido formal, que alude al hecho de que las resoluciones que han puesto fin al proceso judicial no puedan ser nuevamente cuestionadas, en la medida en que ya se han agotado todos los recursos impugnatorios que la ley prevé, o que, en su defecto, han transcurrido los plazos exigidos para hacerlo. Y un contenido material, que hace referencia a la materia contenida en la resolución judicial, la misma que al adquirir tal condición no puede ser modificada o dejada sin efecto, sea por parte de otros poderes públicos, de terceros, o inclusive, de los propios órganos jurisdiccionales que emitieron la resolución judicial en mención...’ (Exp. N.º 4587-2004-AA/TC)”³⁷⁰.

— *El principio ne bis in idem.*

“En relación con este derecho, el Tribunal ha declarado que si bien el principio *ne bis in idem* no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso (sentencia recaída en el caso Santiago Martín Rivas, expediente N.º 4587-2004-HC/TC, fundamento 46).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 2050-2002-AA/TC que dicho principio se encuentra implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, y tiene una doble dimensión. En tal sentido, sostuvo que en su vertiente material garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico, pues guarda conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad; en su dimensión procesal, garantiza el no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho, es decir, que se inicien dos o más procesos con el mismo objeto, siempre y cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho.

Es en tal sentido que el principio en comentario, desde la vertiente procesal, presupone la interdicción de un doble proceso penal a un mismo imputado, por la misma conducta y con igual fundamento, y lo protege del riesgo de la imposición de una doble condena, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* contra una determinada conducta delictiva debe tener una sola oportunidad de persecu-

³⁷⁰ RTC 04354-2007-PHC/TC, FJ. 7.

ción. Es menester puntualizar, entonces, que el *ne bis in ídem* procesal supone básicamente dos persecuciones, y tiene que ver con los límites que es preciso imponer en un terreno en el cual una de las partes –el Estado– va a tener atribuciones asimétricas frente al procesado.

Esto no limita la obligación del Estado de perseguir el presunto delito, sino que lo ordena bajo parámetros constitucionales con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y la libertad³⁷¹.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha afirmado el principio *ne bis in ídem* disponiendo que para que una persona no sea objeto de un juzgamiento dos o más veces, por un mismo hecho, deben concurrir tres presupuestos:

“Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 2050-2002-AA/TC que el principio *Ne bis in ídem* se encuentra implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, y tiene una doble dimensión. En tal sentido, sostuvo que en su vertiente material garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico, pues guarda conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad; en su dimensión procesal, garantiza el no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho, es decir, que se inicien dos o más procesos con el mismo objeto, siempre y cuando exista la concurrencia de tres presupuestos: a) identidad de la persona perseguida (*eadem persona*); b) identidad del objeto de persecución (*eadem res*), y c) identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*)”³⁷².

En igual sentido, ha dejado establecido el Alto Tribunal:

“Pero además de establecer una definición del *ne bis in ídem* se ha advertido que para que la prohibición de doble enjuiciamiento por la infracción de un mismo bien jurídico pueda oponerse a la segunda persecución penal, es preciso que se satisfaga irremediabilmente una triple identidad:

- a) Identidad de persona física;
- b) identidad de objeto y,
- c) identidad de causa de persecución”³⁷³.

Finalmente, en torno a la relación entre el *ne bis in ídem* y la cosa juzgada, dicho el Tribunal:

“Asimismo, la eficacia negativa de las resoluciones que pasan con la calidad de cosa juzgada configura lo que en nuestra jurisprudencia se ha denominado como el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo fundamento (*ne bis in ídem*).

En relación a este derecho el Tribunal Constitucional tiene declarado que si bien el *ne bis in ídem* no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, sin embargo al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2) del artículo 139^o de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho reconocido”³⁷⁴.

³⁷¹ STC 10275-2006-PHC/TC, FF.JJ. 2-4.

³⁷² STC 04678-2007-PHC, FJ. 2.

³⁷³ STC 0462-2006-PHC, FJ. 13.

³⁷⁴ STC 0462-2006-PHC, FJ. 11.

— *Dimensiones del debido proceso: debido proceso formal y debido proceso sustantivo.*

Una de las problemáticas que se suscitan en los terrenos de la teoría general de los derechos fundamentales es las dimensiones que comprende el debido proceso; situación ésta en la que el TC ha asumido en parte el pensamiento continental europeo sobre esta temática; aún cuando reconoce que este desarrollo es tributario *prima facie* del desarrollo anglosajón en su versión de *due process of law*. Así:

“El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; por la primera, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; por la segunda, se relaciona con los estándares de justicia, como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”³⁷⁵.

— *Debido proceso sustancial como parámetro de control del proceso judicial.*

“[...] [L]a dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes. Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que en este extremo suscribimos,

“El derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las actuaciones procesales sino de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellos”

Por nuestra parte, hemos expresado que a partir del debido proceso también es posible un control que no es sólo procesal o formal, sino también material o sustancial, respecto de la actuación jurisdiccional vinculado esta vez con la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones que emite en el marco de sus potestades y competencias. En este sentido hemos establecido que,

“el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce ... en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia”.

El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del CPConst.). No se trata desde

³⁷⁵ STC 09518-2005-PHC. FJ 3.

luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún manto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al cómo se ha de actuar sino también a qué contenidos son admitidos como válidos. Tal como refiere Bernal Pulido, el Estado Constitucional bien puede ser definido en su dimensión objetiva como un “conjunto de procesos debidos” que vinculan la actuación de los poderes públicos a los principios, valores y reglas del Estado democrático.

De este modo, también a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del CPConst. sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales³⁷⁶.

— *Como garantía.*

“[...] la observancia del debido proceso [...], garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.

En ese sentido la exigencia de su efectivo respeto no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria realizada por el órgano jurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no sólo es un derecho procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional³⁷⁷.

— *Debido proceso inter privados.*

“El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que está previsto en la Constitución Política de 1993, la cual señala (artículo 139, inciso 3) que

“son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] la observancia del debido proceso [...]”.

Una interpretación literal de esta disposición constitucional podría llevar a afirmar que el debido proceso se circunscribe estrictamente a los procesos de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, una interpretación en ese sentido no es correcta. El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que ha de ser observado en todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza. Ello es así en la medida en que el principio de interdicción de la arbitrariedad es un

³⁷⁶ STC 01209-2006-PA, FJ 28 a 31, ver RTC 1209-2006-PA, Aclaración de fecha 27 de octubre del 2006.

³⁷⁷ STC 07723-2006-PHC. FJ 2 y 3.

principio inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora.

De ahí que sea una verdad de erogrullo decir que el debido proceso se aplica también a las relaciones inter privado, pues, que las asociaciones sean personas jurídicas de Derecho privado, no quiere decir que no estén sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales; por el contrario, como cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlas, más aún cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora.

En tal sentido, las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto del derecho fundamental al debido proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que hubiesen establecido, a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen (Exp. N.º 1461-2004-AA/TC)³⁷⁸.

— *Debido proceso administrativo.*

“Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139.º de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana”. (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la administración.

El recurrente sostiene, en efecto, que la exigencia del pago previo de una tasa para recibir y dar trámite a su escrito de apelación contra un acto administrativo que considera contrario a sus intereses, afecta su derecho de defensa en sede administrativa y, por tanto, vulnera el debido procedimiento administrativo. Por su parte, al contestar la demanda, la municipalidad emplazada aduce que dicho cobro es por la “(...) realización de un acto administrativo que deseaba efectuar el actor”, el cual se encuentra plenamente reconocido en el TUPA y que, por ello, no puede ser inconstitucional. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de la em-

³⁷⁸ STC 4241-2004-AA/TC, FJ. 6.

plazada, puesto que el hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que este Colegiado efectúe el control jurisdiccional. Esta tesis es, en todo caso, contraria al Estado Democrático, donde rige el principio del control jurisdiccional de la administración y en el que, desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución.

El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica³⁷⁹.

Dentro de la impronta del desarrollo de conceptos y categorías que se presentan en el trabajo cotidiano de la jurisdicción constitucional, es la construcción de variantes de conceptos primigenios. Así, el supremo intérprete de la Constitución ha desarrollado el concepto que sigue a continuación:

— *Debido proceso constitucional.*

“El debido proceso constitucional garantiza que todas las afectaciones del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso y de los principios y derechos que de él se derivan sean susceptibles de ser controladas mediante los procesos constitucionales destinados a su tutela. Únicamente este ámbito es susceptible de control y tutela por parte de la jurisdicción constitucional, a fin de evitar que la jurisdicción constitucional termine sustituyendo a la justicia ordinaria. Por tanto, mientras que el debido proceso constitucional siempre puede ser sometido a control a través de los procesos constitucionales, el debido proceso legal –esto es, aquellas afectaciones o irregularidades que no inciden en dicho contenido– no convierte necesariamente al proceso penal en inconstitucional³⁸⁰”.

— *Sus características.*

“Dentro de las características principales del derecho al debido proceso cabe destacar las siguientes:

a) Es un derecho de efectividad inmediata. Es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido de que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, “Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco ga-

³⁷⁹ STC 3741-2004-AA/TC, FF.JJ. 18-21.

³⁸⁰ STC 01014-2007-HC, FJ 6.

rantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente”.

b) Es un derecho de configuración legal. En la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la respectiva ley.

Al respecto, el Tribunal ha sostenido en la precitada sentencia que los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de gobernabilidad y fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se trate de derechos “en blanco”, sino que la capacidad configuradora del legislador se encuentra orientada por su contenido esencial, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

c) Es un derecho de contenido complejo. No posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución. Al respecto, el contenido del derecho al debido proceso no puede ser interpretado formalistamente, de forma que el haz de derechos y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales³⁸¹.

— *En sede prejurisdiccional penal.*

“[...] [E]ste Colegiado ha reconocido que el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público (Exp. N.º 1268-2001 HC/TC). Por tanto, las garantías previstas en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, según el cual ‘la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’³⁸².”

IV. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD.

El desarrollo de los derechos ius-fundamentales, ha venido acompasado con sus correspondientes instrumentos procesales que les sirven de protección. Recordemos aquí nuevamente lo que, en su momento puntualizara Norberto Bobbio, en el sentido de que hoy, los tiempos no

³⁸¹ STC 00023-2005-PI, FJ 47.

³⁸² STC 06167-2005-PHC, FJ 32.

son de discutir la naturaleza y fundamentos de los derechos humanos, sino el de cómo protegerlos.

Mauro Cappelletti, otro descollante ius-procesalista, en su momento planteó que todos los instrumentos que traten de afirmar y restituir los derechos básicos de la persona, forman parte de la jurisdicción constitucional de la libertad.

En consecuencia, los procesos constitucionales de la libertad; esto es, aquellas herramientas procesales que van a tutelar las diversas dimensiones de los derechos básicos de la persona, en el modelo peruano son cuatro: el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data y el proceso de cumplimiento. En rigor, estos procesos van a tutelar la parte dogmática de la Constitución. Igualmente son procesos constitucionales que bien pueden identificarse como procesos “compartidos” jurisdiccionalmente, porque *prima facie* los conoce el Poder Judicial y eventualmente puede llegar al Tribunal Constitucional, mediante recurso de agravio cuando la judicatura ordinaria deniega o desestima la pretensión del justiciable. Aún, cuando esta regla procesalmente así establecida en la propia Constitución y en el Código Procesal Constitucional admite muy excepcionales figuras como las creadas recientemente por el TC de que el recurso de agravio constitucional pueden utilizarlo los procuradores que representan al Estado en supuestos de que mediante hábeas corpus se haya beneficiado a favorecidos vinculados al tráfico ilícito de drogas o lavado de activos³⁸³.

A continuación pues, se presenta una visión panorámica de los principales temas relevantes que debe el abogado, magistrado y estudioso tener presente y de la forma cómo ha ido delineando su desarrollo por el propio Tribunal Constitucional sobre la base de su construcción jurisprudencial.

1. Proceso de hábeas corpus.

a) *Noción.*

Iniciamos en esta parte el desarrollo jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha venido configurando a uno de los antiquísimos instrumentos procesales de raigambre histórica y que se configura como el remedio *non plus ultra* para la tutela de la libertad personal, en sus diversas manifestaciones.

En este contexto, a partir del delineamiento del legislador positivo (C.P.Const.) que ha acogido una concepción amplia y no restrictiva de los *contenidos sustantivos* que tutela el hábeas corpus; esto es, ya no sólo como un remedio para la defensa de la libertad física o ambulatoria, sino como un instrumento protector de los derechos conexos a la libertad individual. Así, el TC ha venido desarrollando a través de la interpretación constitucional una serie de *contenidos constitucionales* que, finalmente, tendrían encaje dentro del manto protector del hábeas corpus. Veamos:

“Si bien el hábeas corpus en su origen histórico surge como remedio contra aprehensiones ilegales, representando la defensa de aquello que los antiguos romanos denominaban *ius movendi et ambulandi* o los anglosajones consignaban como *power of locomotion*, su desarrollo posterior lo ha hecho proyectarse hacia situa-

³⁸³ Vid. *Infra* el ítem: El recurso de agravio constitucional a favor del orden constitucional.

ciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él. Su ámbito de acción es básicamente de resguardo y tutela de la libertad personal en sentido lato. Incluso, en la actualidad, algunas figuras del hábeas corpus abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos de índole distinta. [Cfr. Exp. N° 2663-2003-HC/TC]³⁸⁴.

De otro lado, el Tribunal Constitucional recoge parte de los antecedentes del hábeas corpus y se pronuncia sobre la antigua concepción clásica que existía en torno a ella.

“Desde antigua data, la libertad (como estado natural de una persona) ha sido uno de los atributos más valiosos con los que cuenta un ser humano; tal situación supuso que la libertad sea objeto de protección y tutela frente a las privaciones. Así, el antecedente más remoto de tutela lo encontramos en el interdicto de *hómīne libero exhibendo* el cual constituyó una especie de “acción popular”, ejercitable por cualquiera y de manera indeterminada, que estaba encaminada a tutelar la libertad de aquel hombre libre privado dolosamente de ella. Esta concepción de hábeas corpus ha sido catalogada como la *percepción clásica* de este instituto y como el instrumento *nom plus ultra* de tutela de la libertad individual, pues, como ya se ha señalado, servía para tutelar el atributo que los romanos llamaron *ius movendi et ambulandi* o lo que los anglosajones denominaron *power of locomotion*”³⁸⁵.

Dentro de este desarrollo conceptual del hábeas corpus, el Tribunal Constitucional ha venido insistiendo en “otros” derechos conexos a la tutela de la libertad. Veamos:

“...Que, sobre la base de tal reclamación, este Colegiado considera pertinente recordar el carácter especial del proceso constitucional del habeas corpus, que según la Norma Fundamental, procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos [artículo 200º, inciso 1) de la Constitución]. Por tanto, siendo el habeas corpus un mecanismo procesal expeditivo, sumarísimo y de tutela urgente que protege la libertad personal y derechos conexos a ella [entre otros, aquellos previstos en el artículo 25º del CPCo], su ámbito de protección como garantía constitucional no puede ser, bajo ningún supuesto, desnaturalizado... Que, como se aprecia, hoy en día el proceso de habeas corpus se configura como proceso constitucional indispensable para la protección de la libertad individual, así como -y esto también es de relevancia- para la protección de otros derechos fundamentales conexos a aquella como son la vida, la integridad física, la verdad en materia de desapariciones forzadas o la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, e incluso la salud de las personas...”³⁸⁶.

Desde otra perspectiva, el Tribunal Constitucional, además de reconocer los derechos conexos a la libertad, enfila, aunque de modo tangencial, la naturaleza de este instituto, descartando el carácter de procedimiento formal, y afirmando su función expeditiva y apremiante, tocando así su verdadera naturaleza sumarísima.

“... Como se aprecia, hoy en día el PHC se configura como proceso constitucional indispensable para la protección de la libertad individual, así como -y esto

³⁸⁴ STC 06936-2005-PHC, FJ 2.

³⁸⁵ STC 3509-2009-PHC, FJ 2.

³⁸⁶ RTC 3200-2009-PHC, FJ 2.

también es de relevancia para la protección de otros derechos fundamentales conexos a aquella como son la vida, la integridad física, la verdad en materia de desapariciones forzadas o la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y tal como se expondrá más adelante, incluso la salud de las personas, sobre todo en caso de aquellos que sufren problemas de enfermedades mentales. La dimensión tutelar del PHC exige al juez constitucional no una función pasiva o formalista sino por el contrario una actuación expeditiva y apremiante que, sostenida en la vocación de protección de bienes constitucionales tan preciados, identifique adecuadamente el fundamento o la razón de una demanda, así como los derechos afectados, de modo tal que pueda prevenir su vulneración o de ser el caso reparar con la mayor prontitud la afectación que se estuviera produciendo...”³⁸⁷.

“... El proceso constitucional de hábeas corpus es de naturaleza netamente excepcional, dirigido a tutelar la libertad individual de la persona y evitar que ésta sea recortada o perturbada indebidamente por autoridad, funcionario o persona alguna...”³⁸⁸.

— *Concepción constitucional amplia del proceso de hábeas corpus.*

En este apartado, se puede apreciar las diversas percepciones que suponen la tutela clásica de la libertad individual, y toma postura de una suerte de “concepción amplia” frente a la clásica o restringida de la libertad individual.

“... La Carta Política de 1993 (artículo 200º, inciso 1), acogiendo una concepción amplia del proceso de hábeas corpus ha previsto que este proceso constitucional de la libertad procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella...”³⁸⁹.

“... Esta postura jurídica ha ido desarrollándose con el paso del tiempo y su afirmación ha venido siendo evolucionada, en la lengua contemporánea de los derechos fundamentales. Nuestro sistema normativo (teniendo como punto de partida la norma normarum) no ha sido ajeno a dicha evolución, y ha asumido lo que en doctrina se conoce como la concepción amplia de hábeas corpus, es decir, ya no sólo protege a la libertad personal, sino que se ha extendido a otros derechos consustanciales con ésta (entiéndase libertad personal). A dicha afirmación es posible arribar a partir de lo establecido en el artículo 200º inciso 1) de la Constitución Política del Perú que ha previsto: “... La acción de hábeas corpus... procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos conexos...”. Siguiendo dicha orientación, el Código Procesal Constitucional en la parte *in fine* del último párrafo del artículo 25º ha precisado que: “...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 de domicilio...”³⁹⁰.

³⁸⁷ STC 5842-2006-PHC, FJ 6.

³⁸⁸ STC 1560-2005-PHC, FJ 8.

³⁸⁹ STC 4750-2007-PHC, FJ 3.

³⁹⁰ STC 3509-2009-PHC, FJ 3; RTC 4052-2007-PHC, FJ 2

En el presente caso el Tribunal Constitucional precisa que el hábeas corpus se presenta como una vía idónea de los diversos ámbitos del libre desarrollo de la personalidad.

“...Dada la naturaleza y el alcance de los hechos invocados por los recurrentes así como los términos de su petitorio, este Colegiado considera oportuno señalar, *prima facie*, respecto al proceso constitucional de hábeas corpus, que aun cuando tradicionalmente ha sido concebido como un recurso o mecanismo procesal orientado, por antonomasia, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal, su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria, ha hecho que su propósito garantista trascienda el objetivo descrito para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentran en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio...”³⁹¹.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado frente a afectaciones de la libertad e integridad ya no sólo física, sino psicológicas provenientes de entidades privadas. Veamos:

“... Este Tribunal ha establecido que mediante el hábeas corpus no sólo se protege la libertad física propiamente tal, sino que su ámbito de protección se prolonga ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran en establecimientos públicos o privados...”³⁹².

³⁹¹ STC 4413-2008-PHC, FJ 1; STC 1317-2008-PHC, FJ 13; STC 1286-2008-PHC, FJ. 1.

³⁹² STC 3025-2009-PHC, FJ 2.

COMENTARIO PARAGUAY

La República del Paraguay en el año 1992 promulgo su carta magna, dentro de un régimen denominado democrático tras 35 años de dictadura militar a cargo del Presidente de la República Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Don Alfredo Stroessner. Esta Constitución del año 1992 vigente sin adenda o reforma hasta la fecha, ha sido el producto de una Convención Nacional Constituyente donde se encontraron notables juristas y políticos que en todo momento han mantenido a los Derechos Humanos como parámetro de su redacción.

La Convención Nacional Constituyente tuvo los mismos parámetros modelo para Latinoamérica de esta garantía que se remota al Derecho Romano Hombre Libero Exhibiendo, la cual encontramos ya en la Carta Magna de Juan Sin Tierra en 1215 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 7, inc. 6 signa el mismo criterio diciendo que: "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un Juez o Tribunal competente, a fin de que éste decida sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes, cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad, tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

El Habeas Corpus se encuentra reglado en el Artículo 133 de la misma reza: "...Esta garantía podrá ser interpuesto por el afectado, por sí o por interpósita persona, sin necesidad de poder por cualquier medio fehaciente, y ante cualquier Juez de Primera Instancia de la circunscripción judicial respectiva. El Hábeas Corpus podrá ser: 1. **Preventivo**: en virtud del cual toda persona, en trance inminente de ser privada ilegalmente de su libertad física, podrá recabar el examen de la legitimidad de las circunstancias que, a criterio del afectado, amenazan su libertad, así como una orden de cesación de dichas restricciones. 2. **Reparador**: en virtud del cual toda persona que se hallase ilegalmente privada de su libertad puede recabar la rectificación de las circunstancias del caso. El magistrado ordenará la comparecencia del detenido, con un informe del agente público o privado que lo detuvo, dentro de las veinticuatro horas de radicada la petición. Si el requerido no lo hiciese así, el Juez se constituirá en el sitio en el que se halle recluida la persona, y en dicho lugar hará juicio de méritos y dispondrá su inmediata libertad, igual que si se hubiere cumplido con la presentación del detenido y se haya radicado el informe. Si no existiesen motivos legales que autoricen la privación de su libertad, la dispondrá de inmediato; si hubiese orden escrita de autoridad judicial, remitirá los antecedentes a quien dispuso la detención. 3. **Genérico**: en virtud del cual se podrán demandar rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en los dos casos anteriores, restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal. Asimismo, esta garantía podrá interponerse en casos de violencia física, psíquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad. La ley reglamentará las diversas modalidades del hábeas corpus, las cuales procederán incluso, durante el Estado de excepción. El procedimiento será breve, sumario y gratuito, pudiendo ser iniciado de oficio..."

Para su aplicación el Congreso de la República del Paraguay promulgo la Ley 1500/99 que en su Artículo 2°.- "... Denominaciones. Si el habeas corpus se tramita ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en todos los casos en los que la presente ley se refiere a "el Juez", se entenderá que se refiere a cualquiera de sus miembros; si se refiere a "el Juzgado", se entenderá que se refiere a la Sala en pleno..."

En materia del Habeas Corpus establece que el mismo es competencia de la Corte Suprema de Justicia la cual se compone de nueve miembros en calidad de Ministros, en su composi-

ción organiza la Corte Suprema de Justicia se compone en Salas de tres miembros, la Sala Constitucional, la Civil y Comercial y la Penal, siendo esta última la encargada de entender en la Garantía Constitucional del Habeas Corpus en cualquiera de sus formas.

b) Procedencia.

Si bien existen tres grandes supuestos de procedencia del hábeas corpus como son: a) por violación o amenaza de violación, b) contra actos provenientes de normas, y c) contra resoluciones judiciales; en los últimos tiempos, a partir de estos presupuestos procesales, se han venido delineando diversas figuras o requisitos de admisibilidad. Con todo, si echamos un vistazo comparativo entre el hábeas corpus y el amparo; en materia de hábeas corpus el TC aún mantiene una *postura restrictiva*, en cuanto el Colegiado Constitucional considera de competencia de la jurisdicción ordinaria la mayoría de los asuntos sometidos a su examen. Veamos:

“... El Código Procesal Constitucional señala que el hábeas corpus procede en los siguientes supuestos: a) Cuando se amenacen o violen los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona (artículo 2); b) Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución (artículo 3); c) Cuando una resolución judicial firme vulnere en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva (artículo 4); y, d) Todos los señalados taxativamente en el artículo 25...”³⁹³.

— *Procedencia frente a amenazas.*

Como quiera que una primera matriz de procedencia de los procesos constitucionales de la libertad es frente a la violación y amenaza, el Tribunal Constitucional ha indicado los presupuestos mínimos de una amenaza. Veamos las diversas formas de cómo se aprecia esta situación.

“... El hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir tal vulneración. Para tal efecto debe reunir determinadas condiciones tales como: a) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, esto es, que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios; y b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones...”³⁹⁴.

En otra perspectiva el Tribunal Constitucional ha indicado que:

“... Una primera cuestión que este Tribunal estima pertinente analizar son los supuestos de procedencia de los procesos constitucionales que prevé el Código Procesal Constitucional en el artículo 2º y en el último párrafo del artículo 25º. El

³⁹³ STC 3467-2005-PHC, FJ 2.

³⁹⁴ STC 2665-2003-PHC, FJ 3 in fine.

artículo 2º señala que “(...) los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. (...)”. En este supuesto, y de conformidad con el artículo 200º, inciso 1, de la Constitución, el Código Procesal Constitucional establece la procedencia de los procesos constitucionales, particularmente el del hábeas corpus, no sólo cuando existe una violación actual a los derechos fundamentales tutelados, sino también cuando exista una amenaza cierta e inminente... Esto implica que, para determinar si existe certeza de la amenaza del acto vulnerador del derecho fundamental a la libertad personal, se requiere la existencia de un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, lo cual excluye considerar conjeturas o presunciones. En tanto que, para que se configure la inminencia del mismo, es preciso que se trate de un atentado al derecho a libertad personal que esté por suceder prontamente o esté en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios, tal como lo ha establecido este Tribunal anteriormente (Exp. Nº 0008-2005-HC/TC)...”³⁹⁵.

“...En tal sentido cabe señalar que el juez constitucional al recibir una demanda de hábeas corpus, tiene como primera función verificar si ésta cumple los genéricos requisitos de procedibilidad previstos en los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del CPConst., pues solo así podrá comprobar si la relación jurídica procesal es válida y, por tanto, es factible que se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido...”³⁹⁶

— *Procedencia de hábeas corpus contra resoluciones judiciales.*

La entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional supuso la incorporación normativa de un conjunto de institutos jurídico procesales que no habían sido regulados por su antecesora (Ley 23506); dentro ellos destacamos la posibilidad de interponer procesos constitucionales contra resoluciones judiciales emitidas en la tramitación de procesos jurisdiccionales, siempre que en ellas se evidencie una afectación al derecho fundamental a la tutela procesal efectiva. Pero la posibilidad de plantearlo no era automático, sino que estaba supeditada a la constatación de un requisito, representado por la firmeza de la resolución a la cual se le reputaba contener el acto lesivo del derecho fundamental.

Dicho requisito constituye un acierto del legislador, pues con ello el Colegiado Constitucional conserva sus competencias y no se superpone a las funciones del Poder Judicial. Este criterio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional del siguiente modo:

“... A su vez, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 4º, segundo párrafo, que el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Que así pues no todas las resoluciones judiciales pueden ser objeto de control por el proceso constitucional de hábeas corpus; antes bien y en línea de principio, sólo aquellas resoluciones judiciales firmes que vulneren en forma manifiesta la li-

³⁹⁵ STC 5872-2005-PHC FJ 1.

³⁹⁶ STC 6218-2007-PHC, FJ 8.

bertad individual o los derechos conexos a ella, lo que implica que el actor, frente al acto procesal alegado de lesivo, previamente haya hecho uso de los recursos necesarios que le otorga la ley. Y es que, si luego de obtener una resolución judicial firme, no ha sido posible conseguir en vía judicial la tutela del derecho fundamental presuntamente vulnerado, quien dice ser agredido en su derecho podrá acudir al proceso constitucional, a efectos de solicitar su tutela...”³⁹⁷.

Dentro de esta misma concepción del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional ha indicado que la resolución judicial firme es el requisito de procedibilidad del hábeas corpus.

“... Que conforme al artículo 4 del Código Procesal Constitucional, constituye un requisito de procedibilidad para el hábeas corpus interpuesto contra una resolución judicial, la firmeza de la resolución que se cuestiona. Ello implica que antes de la interposición de la demanda para el proceso constitucional, debe agotarse los recursos y remedios pertinentes al interior del proceso subyacente...”³⁹⁸.

“... Que a la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional se observó que una de las principales innovaciones que traía con respecto de la Ley 23506, que lo antecedió, fue la posibilidad de interponer procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, siempre que estas afectaran a la tutela judicial efectiva, categoría jurídica introducida por el propio Código, respecto de la cual estableció un requisito de procedibilidad, cual era que la resolución objeto de cuestionamiento tuviera firmeza. Dicha novedad está contenida en el artículo 4º del citado Código, que en su segundo párrafo señala que: “... El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva...”.

Que ya en reiterados fallos este Colegiado ha declarado, respecto del requisito de firmeza, que ello implica que: “... antes de la interposición de la demanda... debe agotarse los recursos y remesas pertinentes al interior del proceso subyacente...” (STC 3470-2005-HC/TC)...”³⁹⁹.

“... No puede acudirse al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos y que, como es la determinación de la responsabilidad criminal, son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución y no para revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal son las más adecuadas conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en un proceso penal, cuando ella se haya expedido con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben observarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido al derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo...”⁴⁰⁰.

³⁹⁷ STC 6032-2008-PHC, FJ 2 y 3.

³⁹⁸ RTC 3470-2005-PHC, FJ 2.

³⁹⁹ RTC 4825-2008-PHC, FJ 2 y 3.

⁴⁰⁰ STC 01230-2002-PHC, FJ 7 párrafo 2.

“...Que asimismo este Colegiado ha sostenido que “[...] no puede acudir al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como lo es la determinación del tipo penal o la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria” (STC N.º 1230-2002-HC, Caso Tineo Cabrera, Fundamento 7).

Que por ello resulta pertinente subrayar que el proceso constitucional no debe ser utilizado como vía indirecta para revisar una decisión jurisdiccional final que implica un juicio de reproche penal sustentado en actividades investigatorias y de valoración de pruebas, aspectos que son propios de la jurisdicción ordinaria y no de la justicia constitucional, que examina casos de otra naturaleza...”⁴⁰¹.

— *La conexidad como requisito para tutelar el debido proceso.*

Como ya se tiene dicho, la evolución del hábeas corpus hacia su concepción amplia supuso la introducción, dentro de su ámbito de protección de derechos distintos a la libertad individual, formalmente concebida, que *prima facie*, no siendo objeto de tutela vía este proceso, sí lo sería en tanto y en cuanto su afectación generara un perjuicio a la libertad individual de modo simultáneo. Estos derechos son, entre otros conexos a la libertad individual, la tutela procesal efectiva, debido proceso e inviolabilidad de domicilio.

En otras palabras es condición *sine qua nom* para tutelar el derecho a la *tutela procesal efectiva* vía el proceso constitucional de hábeas corpus, la conexión de este con la libertad individual. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando desarrollando el tema a través de su jurisprudencia ha señalado que:

“... no cualquier reclamo que alegue a priori afectación de los derechos conexos a la libertad individual puede franquear la procedibilidad de una demanda de hábeas corpus, pues para ello se requiere *prima facie* que se cumpla con el requisito de la *conexidad*. Este requisito comporta que el reclamo alegado esté siempre vinculado a la libertad individual, de suerte que los actos que se aduzcan como atentatorios de los derechos constitucionales conexos resulten también lesivos del derecho a la libertad individual. O dicho de otra manera, para que la alegada amenaza o vulneración de los denominados derechos constitucionales conexos se tutele mediante el proceso de hábeas corpus éstas deben redundar en una amenaza o afectación de la libertad individual...”⁴⁰².

“... si bien dentro de un proceso constitucional de la libertad como es el hábeas corpus este Tribunal Constitucional puede pronunciarse sobre la eventual vulneración de los derechos al debido proceso... como ya se dijo, ello ha de ser posible siempre que exista conexión entre estos derechos y el derecho fundamental a la libertad individual, o lo que es lo mismo, que la afectación del derecho constitucional conexo incida también negativamente en la libertad individual...”⁴⁰³.

⁴⁰¹ RTC 1922-2005-PHC, FJ 3 y 4.

⁴⁰² RTC 4052-2007-PHC, FJ 3.

⁴⁰³ RTC 4052-2007-PHC, FJ 4.

“... Como se podrá apreciar, el ámbito de protección del hábeas corpus ha sido extendido a la tutela del debido proceso, lo que supone el otorgamiento, al Juez Constitucional, de la facultad de emitir pronunciamiento ante la eventual vulneración del derecho fundamental antes mencionado; siendo necesario para ello la verificación, en el caso concreto, de la *conexidad* entre éste (debido proceso) y la libertad individual...”⁴⁰⁴.

“...Tomando en consideración lo señalado, queda claro que la demanda debe ser declarada improcedente en el extremo que solicita la protección de dichos derechos, en virtud de que estos no tienen conexión alguna con el derecho a la libertad personal. Cada uno de ellos tiene una autonomía tal que no pueden ser protegidos a través de un hábeas corpus; y, en el caso concreto, no se advierte el vínculo directo con la libertad personal, ni tampoco tal cuestión ha podido ser acreditada por el demandante.

Este Colegiado coincide con los argumentos vertidos por el a quo cuando señala que “En el presente caso el recurrente afirma que se ha vulnerado específicamente los derechos constitucionales referentes a la Libertad de Tránsito, Libertad de Trabajo, la Tranquilidad y el Derecho de Vivir en Paz, de los cuales sólo el Derecho a la Libertad de Tránsito está protegido vía acción de hábeas corpus, puesto que en cuanto a los demás constituyen derechos que son protegidos mediante otros mecanismos distintos a los que se ha activado...” (sic)⁴⁰⁵.

“... Como se podrá apreciar, el ámbito de protección del hábeas corpus ha sido extendido a la tutela del debido proceso, lo que supone el otorgamiento, al Juez Constitucional, de la facultad de emitir pronunciamiento ante la eventual vulneración del derecho fundamental antes mencionado; siendo necesario para ello la verificación, en el caso concreto, de la *conexidad* entre éste (debido proceso) y la libertad individual... Es más, el Colegiado Constitucional ha aseverado que: “... *no cualquier reclamo que alegue a priori afectación de los derechos conexos a la libertad individual puede franquear la procedibilidad de una demanda de hábeas corpus, pues para ello se requiere prima facie que se cumpla con el requisito de la conexidad. Este requisito comporta que el reclamo alegado esté siempre vinculado a la libertad individual...*” (STC. 4052-2007-PHC/TC).

Así las cosas, es pertinente, de cara a la correcta resolución del presente caso, verificar si la alegada vulneración del debido proceso efectuada por el recurrente lleva aparejada el requisito de *conexidad* al que se ha hecho referencia en los fundamentos precedentes. Así analizado el expediente, se puede concluir de la instrumental obrante de fojas 153 a 161 que el recurrente tiene la medida coercitiva personal de comparecencia con restricciones, como por ejemplo la de no ausentarse del lugar de su residencia sin previo aviso del Juez, comparecer, cada 15 días y de manera personal al juzgado a informar y justificar sus actividades bajo apercibimiento de revocársele la medida coercitiva impuesta. Todo ello, a juicio de este Colegiado, constituye una injerencia en la esfera de libertad de la persona del recurrente, con lo que le está completamente legitimado a este Tribunal analizar el fondo de la controversia constitucional planteada...”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ STC 3509-2009-PHC, FJ 4.

⁴⁰⁵ STC 2876-2005-PHC, FJ 6.

⁴⁰⁶ STC 3509-2009-PHC, FJ 4 y 5.

“... es pertinente señalar que la anuencia o negativa de procedencia de una demanda de hábeas corpus contra una resolución judicial no se configura per se con la existencia, o no, de una medida coercitiva de la libertad dictada al interior del proceso penal, o incluso anexa a la resolución que se cuestiona, sino que tal incidencia en el derecho en la libertad personal debe dimanar de manera directa y negativa de la propia resolución que se cuestiona mediante el proceso de la libertad, pues una vez verificada la incidencia y el agravio de aquella en el derecho a la libertad personal recién se apreciará la concurrencia del requisito de firmeza exigido en los procesos de la libertad...”⁴⁰⁷.

“...Que no obstante ello resulta oportuno *prima facie* llevar a cabo un análisis formal de procedencia de la demanda de hábeas corpus antes que emitir un pronunciamiento de fondo. Y es que si bien es cierto que el artículo 1º del Código Procesal Constitucional establece que los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de estos derechos, también es cierto que si luego de presentada la demanda ha cesado la agresión o amenaza de violación del derecho o derechos invocados, es obvio que no existe la necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo, ya que en tal caso se ha producido la sustracción de materia...”⁴⁰⁸.

— *Procedencia del hábeas corpus para proteger la non reformatio in peius*

“En lo que respecta al extremo alegado en la demanda referido a la indebida modificación realizada por la Sala Suprema en el tipo penal que sustenta la condena del demandante, la ejecutoria suprema de fecha 28 de abril de 1998 (tal como consta a fojas 537 de autos) señala lo siguiente (...)

De ello se advierte que el único extremo que fue modificado por la Corte Suprema fue el correspondiente pena de multa que no había sido fijada por la sala superior. Antes de determinar si tal modificación constituye un vulneración de la interdicción de la reforma en peor, es preciso reiterar la naturaleza del proceso de hábeas corpus, el cual, conforme al artículo 200, inciso 1 de la Constitución es un proceso constitucional destinado a tutelar la libertad individual y derechos conexos. En este sentido la interdicción de la reforma en peor, en tanto componente del debido proceso, puede ser tutelada mediante hábeas corpus en tanto derecho conexo con la libertad individual (artículo 25 del Código Procesal Constitucional, *in fine*). Ello implica que de la alegada vulneración del debido proceso se desprenda una restricción de la libertad individual.

Sin embargo la modificación de la sanción penal establecida en la ejecutoria suprema cuestionada constituye una pena pecuniaria, hecho que en definitiva no incide en el derecho a la libertad individual del recurrente, por lo que no puede ser cuestionado en este proceso. Por lo tanto este extremo de la demanda ha de declararse improcedente”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ RTC 3124-2008-PHC, FJ 2, segundo párrafo.

⁴⁰⁸ RTC 5230-2009-PHC, FJ 3.

⁴⁰⁹ STC 03671-2007--PHC, FJ 2 (parte), 3 y 4.

— *Procedencia frente a otro proceso constitucional.*

Si bien resulta casi insólito plantear un proceso constitucional contra otro de la misma envergadura, en los hechos la dinámica jurisdiccional permite apreciar no sólo las figuras del amparo contra amparo; sino y, diríamos, excepcionalmente, un amparo contra un hábeas corpus; o más excepcional aún, un hábeas corpus contra otro hábeas corpus. Veamos los casos en los que el Tribunal Constitucional ha señalado estas situaciones.

“... Del recuento de los antecedentes descritos, aparece que la presente demanda de hábeas corpus ha sido promovida contra autoridades judiciales que han venido conociendo de un anterior proceso de hábeas corpus, situación que de alguna forma impone precisar si dicha alternativa procesal, atípica por lo demás en nuestra jurisprudencia, es viable dentro del marco jurídico actualmente vigente, tanto más cuanto que el Código Procesal Constitucional establece, en el artículo 5°, inciso 6), que “No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional [...]”.

Aunque no existe en nuestra jurisprudencia casuística en la que se haya dilucidado sobre la procedencia de procesos de hábeas corpus promovidos contra procesos de hábeas corpus, dicha hipótesis, si bien difícil de verificarse en la práctica, tampoco resulta imposible de presentarse a la luz de eventuales cuestionamientos frente a determinadas situaciones conflictivas. El presente caso, y las particularidades que lo rodean, así lo patentizan, pues lo que se reclama en la demanda tiene que ver con una presunta afectación a los derechos constitucionales del recurrente, acontecida dentro de la tramitación de un proceso de hábeas corpus. Por otra parte, no se trata de cualquier afectación a cualquier derecho, sino de aquellos atributos que normalmente legitiman la interposición de un hábeas corpus contra resoluciones judiciales emanadas de procesos ordinarios. Lo que se denuncia, en pocas palabras, está relacionado con la vulneración al debido proceso en su manifestación de derecho a un plazo razonable en la administración de justicia, producida al no existir pronunciamiento dentro de un plazo perentorio sobre un recurso de apelación; y vulneración a la libertad individual, a consecuencia de no definirse, oportunamente, un reclamo constitucional en el que se denuncian presuntas agresiones a la libertad individual por parte de autoridades judiciales.

Como se ha señalado, no existe en nuestra jurisprudencia antecedentes de procesos de hábeas corpus promovidos contra procesos de la misma naturaleza. Sin embargo, lo más cercano a dicha opción es lo que la jurisprudencia ha venido en denominar amparo contra amparo, régimen procesal que, como lo ha precisado recientemente este mismo Colegiado en los expedientes 3846-2004-PA/TC (Caso Municipalidad Provincial de San Pablo) y 2707-2004-AA/TC (Caso Superintendencia Nacional de Administración Tributaria), sigue siendo plenamente legítimo, no obstante lo dispuesto en el artículo 5°, inciso 6), del Código Procesal Constitucional, habida cuenta de que la citada disposición restrictiva debe entenderse como referida a procesos donde se ha respetado escrupulosamente la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4° del mismo cuerpo normativo, y tomando en cuenta, adicionalmente, que una interpretación que cierra por completo la posibilidad del amparo contra amparo sería contraria a la Constitución.

Si bien en el presente caso no se trata de un amparo contra otro amparo, sino, más bien, de un hábeas corpus contra otro hábeas corpus, no por ello deja de ser pertinente enfocar dicha hipótesis dentro del contexto general del Código Procesal Constitucional, cuyo texto se refiere a la improcedencia de un proceso constitucional contra otro proceso constitucional. A este respecto, una interpretación de dicho dispositivo, dentro de criterios similares a los que se han realizado para el caso del amparo, permitiría concluir que, de darse tal hipótesis, aquella necesariamente tendría que estar condicionada a la vulneración por parte de un juez constitucional (en este caso de hábeas corpus) de los derechos a la tutela procesal efectiva y, concurrentemente, a la libertad individual, conforme lo establece el artículo 4° del Código Procesal Constitucional para el caso de los hábeas corpus contra resoluciones judiciales emanadas de procesos ordinarios. Queda claro, por lo demás, que esa, y no otra, sería la situación en la que podría legitimarse el régimen aquí enunciado, amén de asumirse con un carácter residual y necesariamente restrictivo...⁴¹⁰.

c) *Improcedencia liminar.*

El artículo 5 del Código Procesal Constitucional contiene un conjunto de causales a partir de las cuales los jueces constitucionales pueden declarar improcedente una demanda, las mismas que, *a priori* parecerían ser de aplicación a todos los procesos constitucionales de la libertad, máxime si dentro de una de ellas encontramos exceptuada la posibilidad de hacerla valer cuando de procesos constitucionales de hábeas corpus se trate. Pero dicha situación trajo como consecuencia que el Tribunal Constitucional asumiendo su rol de intérprete emitiera una sentencia en la que precisara cuáles serán las causales de improcedencia aplicables en los procesos de hábeas corpus, estableciendo a partir de allí una línea jurisprudencial uniforme.

— *Las causales invocables.*

“...El proceso de hábeas corpus a diferencia de los procesos de amparo y de cumplimiento no tiene regulado en el CPConst. causales específicas de improcedencia; sin embargo, ello no significa que el hábeas corpus como proceso no las tenga y que tales causales faculten al juez constitucional a declarar la improcedencia liminar de la demanda. Así, al proceso de hábeas corpus le resultan aplicables las causales de improcedencia previstas en el artículo 5° del CPConst., en tanto no contradigan su finalidad de tutela del derecho a la libertad y derechos conexos a ellas y su naturaleza de proceso sencillo y rápido...⁴¹¹.”

“... Pues bien, delimitados los supuestos en los cuales no resulta válido que los jueces constitucionales declaren liminarmente improcedente una demanda de hábeas corpus, corresponde determinar en qué supuestos si resulta válido rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus. Así, los jueces constitucionales podrán rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus cuando:

Se cuestione una resolución judicial que no sea firme (artículo 4).

⁴¹⁰ STC 3491-2005-PHC, FJ 3, 4, 5, y 6.

⁴¹¹ STC 6218-2007-PHC, FJ 9.

Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1).

A la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o ésta se haya convertido en irreparable (artículo 5.5).

Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia (artículo 5.6).

Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado (artículo 5.7). En este supuesto la improcedencia de la demanda se justifica en la medida que las resoluciones cuestionadas no inciden directamente en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual ni en los contenidos de los derechos conexos a ella.

Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno (artículo 5.9)...”⁴¹²

— *Causales no invocables.*

“...Teniendo en cuenta la finalidad y naturaleza del proceso de hábeas corpus el CPConst. ha regulado que el juez constitucional en determinados supuestos **no puede ni debe invocar** algunas de las causales previstas en el artículo 5° del CPConst. para declarar la improcedencia liminar de la demanda. Así, los jueces constitucionales se encuentra impedidos de declarar liminarmente improcedente una demanda de hábeas corpus bajo la consideración de que:

- a. Existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (artículo 5.2). Ello debido a que el proceso de hábeas corpus a diferencia del proceso de amparo no es un proceso de carácter residual y excepcional.
- b. No se ha cumplido con agotar las vías previas (artículo 5.4). Ello por la naturaleza de los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus.
- c. Ha vencido el plazo para interponer la demanda (artículo 5.10) (...)

Por la naturaleza de los derechos fundamentales objeto de tutela del proceso de hábeas corpus, los jueces constitucionales tampoco pueden ni deben declarar liminarmente improcedente la demanda bajo el argumento de que el demandante recurrió previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional (artículo 5.3)...”⁴¹³.

— *Criterios para determinar la improcedencia.*

Como quiera que una resolución emitida por el juez del hábeas corpus y que declara la improcedencia es una potestad que fluye del artículo 5 del C.P.Const., el TC ha establecido una serie de pautas que, como criterios de interpretación, debe tener el juez penal en el momento de resolver su improcedencia o no. A continua-

⁴¹² STC 6218-2007-PHC, FJ 12.

⁴¹³ STC 6218-2007-PHC, FJ 10 y 11.

ción viene un caso de suyo relevante, que decanta y aclara la forma cómo se debe resolver en la judicatura ordinaria estos temas. Veamos:

“... Para hacer efectivo el análisis de la causal de improcedencia señalada, conviene encontrar, dentro de sus diversos sentidos interpretativos, uno que resulte de aplicación en el PHC, sobre todo con relación a los derechos conexos. Esta forma de interpretación puede efectuarse en tres pasos de evaluación conjunta: (a) Paso 1.- Identificar el derecho o derechos fundamentales susceptibles de tutela por el PHC: En este caso, el juez constitucional debe identificar el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son cuestionados. En esta actividad el juez, conforme a la obligación constitucional de protección de los derechos fundamentales, debe dejar de lado aquellas interpretaciones formalistas y literales sobre los derechos presuntamente afectados para dar paso a la búsqueda e identificación de aquellos otros derechos y bienes constitucionales que si bien no han sido mencionados expresamente en la demanda, son plenamente identificables desde una lectura atenta de los hechos contenidos en la demanda. En esta última acción resulta importante identificar, además, la ‘relación de conexidad’ entre lo que un demandante alega en general y aquel otro derecho fundamental cuya vulneración se desprende de la demanda. (b) Paso 2.- Identificar la pretensión del demandante: El juez constitucional del PHC debe realizar un examen, que se circunscribirá a la revisión de la demanda y los hechos que en ella se alegan, de modo tal que se logre identificar correctamente la real pretensión del demandante. Si bien en este paso resulta fundamental lo que se alega, el juzgador, atendiendo a la búsqueda de una efectiva vigencia de los derechos fundamentales, debe ir más allá de lo expresado por el accionante y proceder al reconocimiento la pretensión vinculada con la afectación de derechos susceptibles de protección mediante el PHC. En esta labor el principal límite a esta actividad del juez se encuentra en la mencionada ‘relación de conexidad’ que debe existir entre lo identificado por el juez y lo alegado por el demandante. (c) Paso 3.- Vincular la pretensión con el CCP de un derecho fundamental susceptible de tutela por el PHC: El juez constitucional deberá analizar si la real pretensión del demandante es una que protege alguno de los CCP de los derechos fundamentales que se ha identificado como susceptibles de protección mediante el PHC. Si la pretensión del demandante no busca proteger tal contenido, la demanda debe ser declarada improcedente. Pero si la pretensión sí busca proteger tal contenido entonces se habrá superado esta primera etapa de evaluación sobre la procedencia de la demanda [artículo 5º, inciso 1) del CPCo], de modo que con posterioridad, en una etapa que se podría denominar ‘de fondo’, se verificará la acreditación de la vulneración del derecho a la libertad individual o derecho conexo a ésta mediante la revisión de los medios probatorios obrantes en autos. Evidentemente, este último paso exige que el juez constitucional del PHC deba conocer previamente cuál es el CCP del derecho o derechos fundamentales que se presumen vulnerados...”⁴¹⁴.

⁴¹⁴ STC 6218-2007-PHC, FJ 16.

— *Criterios para ingresar a evaluar el fondo de la controversia, pese a que existe rechazo liminar del hábeas corpus.*

Si bien es cierto que el rechazo *in limine* de una demanda de tutela de derechos es una potestad que tiene el juez, a fin de no provocar una carga jurisdiccional inútil; lo cierto es que esta potestad puede ser utilizada en forma inadecuada o por qué no arbitraria por la judicatura, afectándose el derecho de acceso a la justicia. En este sentido el TC ha establecido determinados criterios a fin de precisar en qué casos corresponde ingresar a examinar el fondo de la controversia pese a existir rechazo liminar de la demanda. Veamos:

“... Teniendo presente ello, estimamos oportuno precisar, de manera enunciativa y no taxativa, en qué casos un indebido rechazo liminar de la demanda no debe ser revocado, con el efecto de que se devuelvan los actuados y se ordene la admisión a trámite de la demanda, sino que debe ingresarse a evaluar el fondo de la controversia. Así, en virtud de los principios de celeridad y economía procesal y atendiendo a la finalidad subjetiva de los procesos constitucionales, consideramos que existen determinados supuestos en los que, pese a existir un indebido rechazo liminar de la demanda, resulta procedente ingresar a evaluar el fondo de la controversia; estos son los siguientes:

- a) Cuando en autos obran medios probatorios idóneos, suficientes y eficaces que sean de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente, es decir, cuando los hechos alegados no requieren la actuación de medios probatorios complejos.
- b) Cuando el derecho de defensa del demandado se encuentra garantizado, bien porque ha sido notificado del concesorio del recurso de apelación, o bien porque se ha apersonado al proceso y ha expuesto sus fundamentos sobre la pretensión demandada.
- c) Cuando el acto cuestionado haya sido declarado de manera uniforme y reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como lesivo a los derechos fundamentales, o cuando el acto cuestionado haya sido declarado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un comportamiento reiterado y reincidente que genera un estado de cosas inconstitucionales.
- d) Cuando exista un precedente vinculante del Tribunal Constitucional que haya condenado como lesivo el acto cuestionado en la demanda, o cuando el acto cuestionado como lesivo haya sido previamente inaplicado vía control difuso por el Tribunal Constitucional, siempre que se presenten los mismos supuestos para su inaplicación...”⁴¹⁵.

d) Competencia.

La competencia, aunque parezca pacífico, debido a la claridad con la que ha sido concebida y redactada en el Código Procesal Constitucional (art. 28) que, *in verbis*, dispone: “*La demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos*”, es un tema que ha suscitado no pocos problemas debido al uso abusivo de dicha prerrogativa por los justiciables. Así, el Tribunal Constitucional ha desarrollado jurisprudencialmente dicha materia en los siguientes términos.

⁴¹⁵ STC 2364-2008-PHC, FJ 4.

“...Que en sede judicial en doble instancia, se ha rechazado in limine la demanda estimándose que el juez competente para tramitar el hábeas corpus es el de la localidad de Arequipa, criterio que no resulta acorde con lo prescrito en el Código Procesal Constitucional, que no establece competencia por razón de territorio. Conviene recalcar que para resolver un proceso constitucional de hábeas corpus es competente cualquier juez penal de la República, de conformidad con lo previsto por el artículo 28º del Código precitado.

Debe precisarse asimismo que en atención al artículo IX del Código Procesal Constitucional, de conformidad con el artículo 26º del Código Procesal Civil y lo acogido por la doctrina, la competencia por razón de territorio es prorrogable, más aún si en los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus, debe entenderse los preceptos normativos en concordancia con la interpretación que tutele mejor los derechos fundamentales y reconozca su posición preferente, interpretación acorde con el principio pro hómine...”⁴¹⁶.

“...Que debe señalarse que el Código Procesal Constitucional no establece competencia por razón de territorio, indicando que para resolver un proceso constitucional de hábeas corpus es competente cualquier juez penal de la República, de conformidad con lo previsto por el artículo 28...”⁴¹⁷.

La Ley 1500/99 establece en el Artículo 3º.- Competencia. “...El procedimiento de habeas corpus se iniciará ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, o ante cualquier juez de primera instancia, según las reglas que determinan su competencia territorial, salvo que el supuesto ilegítimo tuviese o pudiese producir sus efectos en todo el territorio de la República o en lugares no determinables de él, en cuyo caso no regirá esa limitación. La negativa a intervenir, siendo competente el juez, constituirá causal de enjuiciamiento por mal desempeño del cargo y, en su caso, de remoción. Cuando un mismo acto prima facie afectase el derecho de varias personas, entenderá en todas las acciones el juzgado que hubiese prevenido, el cual dispondrá, en su caso, la acurmulación de autos...”.

Al determinar con pristina claridad la exclusividad de la competencia en materia de la Garantía Constitucional del Habeas Corpus, el Artículo 4 establece: “... Exclusividad de la competencia. Ningún órgano jurisdiccional intervendrá de oficio ni a petición de parte en un procedimiento de habeas corpus que se halle en trámite ante otro órgano jurisdiccional. Si tal avocación ocurriese, serán nulas y de ningún valor todas las actuaciones y resoluciones emanadas del interviniente...”.

e) Legitimación procesal.

Nuestra legislación, acogiendo el derrotero de su antecesora (Ley 23506), estableció una legitimación amplia para el caso del proceso constitucional de hábeas corpus, configurándolo, en este punto, como un proceso amplio y dúctil, frente a los demás procesos constitucionales de la libertad e incluso frente a los procesos orgánicos, pues puede ser interpuesto además de, por el propio perjudicado, por cualquier persona en su nombre sin necesidad de tener su representación, entendida ésta como el poder especial para demandar. En las líneas que siguen se darán

⁴¹⁶ STC 2712-2006-PHC, FJ 2.

⁴¹⁷ STC 9025-2006-PHC, FJ 2.

un brochazo panorámico al desarrollo jurisprudencial que sobre la materia ha desarrollado el Tribunal Constitucional, en donde disgrega el carácter “elástico” del hábeas corpus; o, por otro lado, los alcances entre la legitimación activa en los procesos de tutela ordinaria de los constitucionales (STC 5842-2006); o si puede una persona jurídica residenciar un hábeas corpus (STC 5842-2006) o, en esta misma línea la legitimidad del *amicus curia* (STC 0605-2008).

“...Las instancias judiciales han declarado improcedente la presente demanda, de un lado, porque el actor carece de legitimación activa para interponer la demanda, y de otro lado, porque existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho invocado, por lo que, este Alto Tribunal considera pertinente realizar algunas precisiones sobre tales aspectos; no obstante que tienen expreso sustento legal.

En efecto, el artículo 26º del Código Procesal Constitucional señala expresamente que la demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener representación. La legitimación activa amplia prevista para el proceso de hábeas corpus permite la posibilidad de que la demanda pueda ser interpuesta por una persona distinta a la perjudicada, esto es, por cualquier persona natural o jurídica, sin necesidad de representación alguna, lo que, da lugar a lo que, en doctrina se conoce como la *actio popularis*. Esta forma de regulación, entre otros supuestos obedece a la naturaleza de los derechos tutelados por el hábeas corpus y a la necesidad de una tutela urgente de los mismos...”⁴¹⁸.

“... Teniendo en cuenta los criterios ya referidos el legislador ha establecido que la legitimidad en el proceso constitucional de hábeas corpus es “elástica”, es decir puede ser interpuesta, además del propio perjudicado, por cualquier persona, sin necesidad de tener la representación del directamente afectado con la amenaza de violación o violación del derecho fundamental a la libertad individual. Lo hasta aquí expuesto nos permite afirmar que cuando el artículo 9º hace referencia a la representación lo hace en clara alusión al instituto de la representación procesal a la que hace referencia el Código Civil y Procesal Civil, la misma que si es necesaria en otra clase de procesos constitucionales, como por ejemplo el amparo, y no a la posibilidad de que una persona pueda ejercer en nombre de terceros actos procesales dentro de un proceso de hábeas corpus, pues pueden existir casos en los que la posibilidad de ver o conferenciar con el futuro beneficiario sea imposible...”⁴¹⁹.

“... La figura de la legitimación activa está referida a especificar quién está autorizado a interponer una demanda en un determinado proceso. No necesariamente la afectación de un derecho fundamental tendría que estar relacionada con el mismo accionante y ser tributario del principio aquél que habilita a que únicamente sea el titular del derecho el facultado a interponer la demanda si es que se siente o alegue sentirse perjudicado por un acto u omisión de autoridad, funcionario o persona que estaría violentando su derecho. Existen, por ende, supuestos en que normativamente se le ha reconocido esta atribución a personas distintas a los titulares de los derechos conculcados. Los alcances de la legitimación activa difieren según se trate de un proceso judicial ordinario o de un proceso constitucional. En el primero de ellos la demanda será admitida únicamente si quien la presenta es la per-

⁴¹⁸ STC 5959-2008-PHC, FJ 3 y 4.

⁴¹⁹ STC 3547-2009-PHC, FJ 9.

sona titular del derecho que está en juego, o su representante, pero, ¿qué es lo que sucede en los procesos constitucionales? En esta clase de procesos, específicamente en el PHC, el legislador ha considerado que al tratarse de un proceso en el que se tutela uno de los principales derechos que posee el ser humano, como es el de la libertad individual, es necesario brindar todas las facilidades para evitar cualquier tipo de impedimento a la hora de reclamar la restitución del mencionado derecho fundamental. Así, en la normatividad procesal constitucional se ha establecido que la demanda puede ser interpuesta tanto por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación, como por un órgano constitucional como la DP, sin requerir firma del letrado, tasa o alguna otra formalidad [artículo 26º del CPCo]...⁴²⁰.

“... En ese orden de ideas, teniendo en cuenta el carácter especial del PHC, la nota diferenciadora de la legitimidad activa se determina por el hecho de que cualquier persona, sin necesidad de acreditar ningún tipo de representación puede interponer una demanda de hábeas corpus a favor de otra persona que se encuentre privada de su libertad individual o afectada en alguno de sus derechos conexos. Al referirse a cualquier persona, el CPCo no hace distinciones entre si éstas son naturales o jurídicas, por lo que las personas jurídicas también pueden accionar en un PHC, tal como ocurriría con una asociación civil, por ejemplo. Incluso, en el caso de autos, es un ciudadano que pertenece a una Organización No Gubernamental (persona jurídica de derecho privado) quien se encuentra promoviendo el PHC. Merece la pena resaltar que a diferencia de lo que acontece con el PHC, en el proceso de amparo sólo es el afectado el que puede interponer la demanda, es decir, ejercer su derecho a la acción [artículo 39º del CPCo], siendo por ende el exclusivo representante de la llamada legitimidad ad causam.

Pero en el caso del PHC, la amplitud de esta facultad para demandar, o *actio popularis*, se debe primordialmente a la naturaleza del proceso, que como se mencionara, tiene como objetivo principal reestablecer el derecho a la libertad individual de la persona. En tal sentido, al tratarse de un proceso de tutela urgente, es lógico que se prevea la posibilidad de que otras personas puedan reclamar la restitución del derecho, dado que en muchos casos la persona agraviada se encontrará imposibilitada de accionar por sí misma. Asimismo, el hecho de que cualquier persona pueda interponer una demanda en un PHC se justifica en que a través de dicho proceso no se tutelan sólo los derechos de la persona agraviada sino también el interés de la sociedad en general. Conviene precisar que la amplitud de la legitimación activa en los PHC va de la mano con el principio de antiformalismo o antiritualismo de los procesos constitucionales, conforme al cual en este tipo de proceso constitucional se exime al demandante de cumplir las formalidades que normalmente están presentes en cualquier otro proceso, en virtud al mencionado carácter de tutela urgente del que está revestido el PHC y debido a la relevancia de los bienes jurídicos que protege.

De otro lado, conjuntamente con la *actio popularis*, se reconoce a la DP legitimidad activa en los PHC [artículo 26º del CPCo]. Ello concuerda con lo que se ha establecido respecto a las funciones del Defensor del Pueblo, al estar facultado para interponer demandas en los PHC, entre otros tipos de procesos constitucionales, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la

⁴²⁰ STC 5842-2006-PHC, FJ 15.

comunidad [artículo 9º, inciso 2) de la Ley N.º 26520, Ley Orgánica de la DP]. El sustento para conferirle legitimación activa a la DP (legitimación ad processum) en los PHC radica en que el referido órgano constitucional es el representante de la sociedad, por lo que el solo hecho de que se vulneren los derechos constitucionales de alguno de sus miembros habilita al Defensor del Pueblo para actuar, tácitamente, en su lugar. Es menester recordar que en el presente proceso existe una intervención de la DP, pero no como emplazada (pese a que así está planteada en la propia demanda), y menos aún como recurrente (no ha sido ella quien ha accionado para la tutela de los derechos de los favorecidos), sino a través de la institución del *amicus curiae*...”⁴²¹.

“... Asimismo, este Tribunal considera pertinente determinar si el *amici curiae* o los *amicus curiae* gozan de legitimación activa para ser parte en los procesos constitucionales, ya que si no gozan de ella, el recurso de queja y, por ende, el recurso de agravio constitucional interpuestos por el Instituto de Defensa Legal serían nulos de pleno derecho, pues éste carecía de las facultades para ello.

Pues bien, para determinar si los *amicus curiae* tienen legitimación activa en los procesos constitucionales hemos de recurrir a la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, cabe destacar el artículo 36.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que establece que:

En interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante o que presente observaciones por escrito o a participar en la vista.

Del artículo transcrito, puede concluirse que los *amicus curiae* intervienen en los procesos de tutela de derechos humanos: a) cuando son invitados por el Presidente de la Corte; b) en calidad de terceros y no de partes del proceso; y c) para presentar observaciones por escrito o a participar en la vista.

En buena cuenta, los *amicus curiae* no tienen derecho a la acción y ni siquiera actúan como parte procesal sino sólo como portadores de una opinión cualificada, política o técnica, que el Tribunal desea conocer. Por tanto, el Instituto de Defensa Legal no tenía la capacidad procesal para interponer los recursos de queja y agravio constitucional, pues actuaba como *amici curiae* y no como parte del proceso de *habeas corpus*. Por esta razón este Tribunal estima que los recursos referidos son nulos de pleno derecho por contravenir el principio de legalidad de las formas, ya que los medios impugnatorios sólo pueden ser interpuestos por las partes del proceso y no por los *amicus curiae*, ya que éstos no tienen la calidad de partes ni mediatizan, desplazan o reemplazan a éstas...”⁴²².

“...Como premisa debe considerarse que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales; sin embargo, ello no significa que dicha titularidad pueda predicarse de manera general respecto a todos los derechos, ya que ello estará condicionado a que así lo permita la naturaleza del bien protegido por el derecho en cuestión...”⁴²³.

⁴²¹ STC 5842-2006-PHC, FJ 16, 17 y 18.

⁴²² STC 3173-2008-PHC, FJ 11, 12 y 13.

⁴²³ STC 0605-2008-PHC, FJ 4.

Legitimación:

La legitimación ha de ser ejercida en materia de Habeas Corpus se encuentra reglada por el Artículo 6° de la ley 1500/99 que establece: "....- *Legitimación activa. El procedimiento de habeas corpus podrá iniciarse de oficio, por el propio afectado o por cualquier persona que, sin necesidad de poder, invoque tener conocimiento del acto supuestamente ilegítimo que pueda ser reparado por esa vía...*".

Es decir que, se prevé el mecanismo del hábeas corpus, no como un medio impugnatorio de resoluciones judiciales, sino más bien como correctivo de arbitrariedades que afectan directamente a la persona y que no admiten dilaciones, requiriendo una especial atención del órgano jurisdiccional. Y es que, tanto la Constitución, como la ley especial determinan reglas especiales, a saber: 1) excepción a las reglas de la competencia (puede plantearse ante cualquier Juez de primera instancia e incluso la propia Corte Suprema de Justicia); 2) legitimación procesal (puede presentarse tanto por la persona afectada, como por interpósita persona sin necesidad de poder); 3) mínimas formalidades (reducción de los plazos procesales, aplicación del iura novit curiae, gratuidad, y amplitud de facultades ordenatorias para los órganos jurisdiccionales actuantes). Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sala penal. Habeas Corpus Reparador y Genérico a favor de Saucedo Franco, Eduardo. (Ac. y Sent. N° 647) 01/08/2014. Publicado en: , La Ley Online. Cita online: PY/JUR/342/2014.-

Contenido de la presentación:

El Artículo 7° de la Ley 1500/99 establece el contenido de la presentación inicial. La presentación inicial del habeas corpus contendrá: b) el nombre y otros datos personales conocidos de la persona afectada por el acto supuestamente ilegítimo y la mención del sitio donde ésta se encuentra; y, c) el objeto de la acción, con la mención del supuesto acto ilegítimo cuya reparación se solicita. Si el peticionante ignorase alguno de los datos mencionados, proporcionará al órgano jurisdiccional las referencias suficientes para que éste los recabe por las v las judiciales pertinentes.

Asimismo, entre las Facultades de Magistrado Artículo 9°.- Facultades. En el procedimiento de habeas corpus el juez interviniente estará investido de amplias facultades instructoras y disciplinarias y, cualquiera sea el recinto en que presuntamente se halle la persona privada de su libertad, podrá allanarlo, ordenar su allanamiento o la remoción de los obstáculos que impidan su acceso al mismo.

Facultades

En el procedimiento de habeas corpus el juez interviniente estará investido de amplias facultades instructoras y disciplinarias y, cualquiera sea el recinto en que presuntamente se halle la persona privada de su libertad, podrá allanarlo, ordenar su allanamiento o la remoción de los obstáculos que impidan su acceso al mismo enunciado prescriptivo del Artículo 9 de la ley 1500/99

f) Desistimiento.

Aunque parezca contradictorio a la propia naturaleza de los procesos constitucionales y a los fines que estos persiguen, pueden darse supuestos en los que el propio demandante y hasta

el tercero que propone el proceso puede sustraer su pretensión del conocimiento de los órganos jurisdiccionales. Dicha realidad tampoco se ha escapado de ser comprendida dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Veamos.

“...Que si bien el Código Procesal Constitucional no ha previsto de manera expresa la posibilidad del desistimiento en el proceso de hábeas corpus, este Tribunal considera que sí resulta viable la procedencia de dicha institución en aplicación análoga de lo dispuesto en las normas referidas al proceso de amparo (artículo 49º) y al proceso de cumplimiento (artículo 71º). Sin embargo, para establecer las clases de desistimiento y precisar sus efectos, este Tribunal advierte una deficiencia en la regulación, por lo que considera que resulta pertinente acudir a las normas contenidas en los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y sea pertinente para la solución del caso (artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)...”⁴²⁴.

“... Que el artículo IX del Código Procesal Constitucional contempla la aplicación supletoria del Código Procesal Civil siempre que no contradiga los fines de los procesos constitucionales y sea necesaria para el caso concreto.

Que, tal como lo establece el Título XI del Código Procesal Civil, el desistimiento es una de las formas especiales de conclusión del proceso. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 37 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el solicitante ha cumplido con presentar el escrito de desistimiento y con legalizar su firma ante el Secretario Relator de este Tribunal, como consta a fojas 13.

Que, de conformidad con los artículos 340 y 343 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, el escrito de desistimiento fue puesto en conocimiento de los vocales demandados y del Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, quienes a pesar del tiempo transcurrido y habiendo sido notificados debidamente, como consta de fojas 17 a 29, no han dado a conocer su oposición o conformidad con el desistimiento dentro del plazo de ley; por lo que, en su rebeldía, se resuelve de conformidad con el artículo 343 del Código Procesal Civil...”⁴²⁵.

“... el pedido del desistimiento en tanto forma especial de conclusión del proceso está sujeto a una serie de formalidades, siendo una de ellas, que el escrito que lo contiene debe precisar su contenido y alcance, legalizando su firma el proponente ante el Secretario respectivo. Al respecto, el artículo 37º del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional señala “Para admitir a trámite el desistimiento debe ser presentado por escrito con firma legalizada ante el Secretario Relator del Tribunal Constitucional, Notario o, de ser el caso, el Director del Penal en el que se encuentre recluido el solicitante”. En la misma línea este Tribunal precisa que si se trata de personas que se encuentran fuera del territorio de la República deben acudir a las autoridades respectivas a efectos del cumplimiento de la formalidad exigida para el desistimiento...”⁴²⁶.

“... Que el desistimiento no se presume y sólo comprende a quien lo propone, por lo que las formalidades exigidas deben ser efectuadas por el propio accionante,

⁴²⁴ STC 3334-2008-PHC, FJ 2.

⁴²⁵ STC 5894-2006-PHC, FJ 1, 2 y 3.

⁴²⁶ STC 3334-2008-PHC, FJ 4.

y que si se tratare de demandas o escritos que han sido presentadas por terceras personas como frecuentemente ocurre en el proceso de hábeas corpus, dicha formalidad debe ser realizada por el propio favorecido y no por otra persona, salvo se encuentre debidamente facultada para ello. La exigencia de esta formalidad se encuentra justificada en la posibilidad de lograr la tutela efectiva del derecho involucrado y ante la eventualidad de que tales pedidos sean presentados por terceras personas con intereses particulares, incluso en algunos casos con resistencia o desconocimiento del propio beneficiario...”⁴²⁷.

g) Conversión procesal

La posibilidad de efectuar conversiones entre procesos constitucionales de la libertad, ha sido una tarea que el Tribunal Constitucional había abordado tíbiamente, dado que existía diverso tratamiento ante supuestos aparentemente idénticos. Ello llevó a que el Colegiado Constitucional, en uno de sus más recientes fallos, reconociendo dicha problemática, haya abordado el tema precisando que el modelo de jurisdicción constitucional que tenemos en nuestro país es un primer argumento que sirve para poder convertir un proceso de hábeas corpus en uno de amparo, toda vez que el juez que conoce de los procesos constitucionales, más allá del *nomen iuris* que ostenten dentro de la organización del Poder Judicial, es un Juez Constitucional, que le interesa impartir en estricto la tutela jurisdiccional efectiva y es obvio que la conversión procesal se encuentra rodeada de diversos principios procesales que subyacen en estos procesos constitucionales.

Por otro lado, el TC estima que la conversión procesal se encuadra en el principio de *suplencia de la queja deficiente*, por medio del cual el Tribunal puede suplir las deficiencias formales en que haya incurrido la parte actora, al momento de plantear su demanda, encauzando correctamente el trámite procesal deficientemente formulado, siempre y cuando no se altere con ello los términos sustanciales del petitorio planteado.

Por último, el tercer argumento que utiliza el TC como razonamiento para justificar la legitimidad de la conversión procesal son los *principios* que inspiran esta clase de procesos, más concretamente los principios de *elasticidad* o adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, establecido en el cuarto párrafo del ya mencionado artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en virtud del cual los jueces deben atender a los fines que persiguen los procesos constitucionales, sin sujetarse a las formalidades que no incidan en la protección de algún otro bien constitucional.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional ha procedido a formular aquellas reglas de carácter procesal que han de servir como principio y límites a la actividad conversiva. Veamos.

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

⁴²⁷ STC 3334-2008-PHC, FJ 5.

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

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

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

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

Sexto: Se deberá preservar el derecho de defensa del demandado. Al aplicar este requisito el Juez Constitucional habrá de ser muy escrupuloso en verificar si el demandado ejerció de modo sustancial su derecho de defensa, pues este Colegiado considera que en ningún caso se puede habilitar la tutela de un derecho fundamental si es que se está dejando desprotegido a otro de la misma clase...”⁴²⁸.

En el procedimiento de habeas corpus no se admitirán incidentes, excepciones ni recusaciones, sin perjuicio de la obligación de los jueces de excusarse por las causales previstas en el artículo 20 del Código Procesal Civil de conformidad a la ley 1500/99.

⁴²⁸ STC 5761-2009-PHC/TC, FF.JJ. 26 y 27.

El juez interviniente estará investido de amplias facultades instructorias y disciplinarias y, cualquiera sea el recinto en que presuntamente se halle la persona privada de su libertad, podrá allanarlo, ordenar su allanamiento o la remoción de los obstáculos que impidan su acceso al mismo

En el procedimiento de habeas corpus todos los plazos, sean legales o judiciales, serán perentorios e improrrogables y solo admitirán un día de ampliación en razón de la distancia, cuando el lugar del acto estuviera ubicado a más de cien kilómetros del asiento del órgano jurisdiccional interviniente. Los plazos que se establezcan en horas, se contarán de momento a momento. Vencido un plazo, se pasará al estadio procesal que corresponda, sin trámite previo alguno. En todos los casos, estarán habilitados los días y horas inhábiles sin necesidad de resolución judicial alguna.

El Artículo 10 de la Ley 1500/99 establece: “...Artículo 10.- Decisiones de urgencias y medidas para mejor proveer. Antes de dictar sentencia el órgano jurisdiccional, a pedido de parte o de oficio, podrá decretar en resolución fundada en cualquier estado del procedimiento, las decisiones de urgencia que estime convenientes, incluso las medidas para mejor proveer...”

h) Tipología.

A partir del Código Procesal Constitucional, el legislador explícitamente reconoce haber desarrollado una variada tipología o clases de este remedio procesal⁴²⁹. Es decir, aparte del hábeas corpus clásico, reparador o principal, a partir de la jurisprudencia comparada y de la doctrina, se ha reconocido posteriormente nuevas modalidades y bien pueden ir reconociéndose posteriormente otras figuras, que por ahora caben identificarlas bajo el cartabón genérico del hábeas corpus conexo, o versiones complejas como el hábeas corpus colectivo, cuando se presenta a favor de un grupo de personas afectadas por un acto o amenaza hacia un derecho que les es común u homogéneo. Además dicha clasificación, la mayor parte de las veces, va a depender mucho de la forma en que se presenta la afectación del derecho fundamental y en otras va a ser portadora de los derechos conexos que este instituto protege, lo cual será desarrollado más adelante, por lo que ahora corresponde observar las diversas conceptualizaciones que el TC ha desarrollado a estas modalidades del hábeas corpus⁴³⁰.

— Hábeas Corpus Reparador.

“...Respecto del hábeas corpus reparador, es preciso señalar que dicha modalidad representa la modalidad clásica o inicial del hábeas corpus, la misma que se promueve para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Se presenta, por ejemplo, cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúa en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad, entre otros. (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC)...”⁴³¹.

⁴²⁹ Nos referimos a la STC 2663-2003-PHC, Caso Aponte Choquehuanca y que fue un fallo anterior a la vigencia del C.P.Const. y donde allí ya se desarrolla las heterodoxas tipologías de este instituto procesal y que, a su vez, guardan concordancia con otros fallos como la STC 0110-1999-HC (caso Fuentes Corro), STC 0726-2002-HC (caso Rodríguez Medrano), STC 1091-2002-HC (caso Silva Checa).

⁴³⁰ STC 2663-2003-PHC/TC en la que se desarrolla de modo enunciativo e íntegro las tipologías de hábeas corpus.

⁴³¹ STC 06167-2005-PHC, FJ 34.

“...Garantía Constitucional del Habeas Corpus Reparador el art. 133 de nuestra Carta Magna dispone cuanto sigue: “... El Habeas Corpus podrá ser... 2) Reparador: en virtud del cual toda persona que se hallase ilegalmente privada de su libertad podrá recabar la rectificación de las circunstancias del caso...”; en concordancia con el art. 19 de la Ley 1500/99 que reza: “Procederá el Habeas Corpus reparador en los caso en que se invoque la privación ilegal de la libertad de una persona”.

A su vez, el Pacto de San José de Costa Rica, Ley 1/89, en su art. 7, incs. 2, 3 y 6 preceptúa: “Derecho a la Libertad Personal... 2) Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ella; 3) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario... 6) Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un Juez o Tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales”.

En ese orden de cosas, se puede apreciar que la garantía analizada responde a un principio proteccionista de los derechos y libertades de las personas con procedimientos rápidos, expeditivos y sencillos. Sin embargo es importante destacar, que por esta vía, de modo alguno puede pretenderse, un remedio procesal cuya discusión es propia de una acción recursiva, y con los procedimientos habilitados especialmente para ellas, instituyéndola como una tercera instancia.

“...La disposición legal referenciada es una cláusula constitucional instalada en el art. 19 de la CN del año 1992, que prescribe lo que sigue: “La prisión preventiva solo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio. En ningún caso la misma se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho, efectuada en el auto respectivo”. En las condiciones apuntadas, debe reconocerse que la situación jurídica del procesado, en cuanto a la prisión preventiva se refiere, reviste visos de ilegalidad, por haber excedido el plazo constitucional antedicho....”

Corte Suprema de Justicia. Hábeas Corpus Reparador a favor del menor “J.L.G.”. (Ac. y Sent. N° 659) ● 08/08/2014.- Publicado en: , La Ley Online; Cita online: PY/JUR/354/2014

Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sala penal. Habeas Corpus presentado por el Abog. Servín Barrios, Adol a favor del Sr. Rodríguez Montiel, David Humberto. (Ac. y Sent. 1068) ● 30/08/2013 Publicado en: , La Ley Online; Cita online: PY/JUR/392/2013

La garantía constitucional deviene improcedente. Conforme a la formulación de la norma constitucional, el Habeas Corpus Reparador procede en los casos de privación de libertad dispuesta de una manera arbitraria, donde la arbitrariedad tiene que ver con la inexistencia de razones legales para ello, sumada a la ausencia de la intervención de un funcionario -órgano jurisdiccional o Ministerio Público- para su disposición y posterior control, lo cual convierte a la privación de libertad en ilegítima, debiendo procederse a su corrección.

En el caso que nos ocupa, el a quo ha resuelto conformen a la Ley N° 1500, que en su art. 26 dispone: Caso de privación de la libertad por orden escrita de autoridad judicial. Si el informe expresara que la persona se halla privada de su libertad en virtud de orden escrita de autori-

dad judicial, individualizando a ésta y acompañando esa orden escrita, el juzgado, previa verificación inmediata de la veracidad del informe, dentro del plazo de un día dictará sentencia definitiva rechazando el Habeas Corpus Reparador, remitirá los antecedentes a quien dispuso su detención y podrá en conocimiento de todo ello a la Sala Penal de la corte Suprema de Justicia..

— *Habeas corpus restringido.*

“...En anterior pronunciamiento (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC), este Tribunal ha establecido que el hábeas corpus restringido “(...) se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, ‘se la limita en menor grado’. Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.”. Entonces, dado que el objeto del hábeas corpus restringido consiste en atender no aquellos supuestos en los cuales el derecho a la libertad personal es afectado totalmente, sino que procede en aquellos casos en los cuales existe una restricción menor en la libertad física de la persona, se convierte en el instrumento idóneo para tutelar el derecho fundamental a la libertad de tránsito...”⁴³².

“... Conviene precisar que en el hábeas corpus restringido, si bien no está de por medio una medida de detención, no quiere ello decir que la discusión o controversia a dilucidar resulte un asunto de mera constatación empírica. Por el contrario, en estos casos, como en otros similares, es tan importante verificar la restricción a la libertad que se alega como lo señalado por las partes que participan en el proceso, además de merituar las diversas instrumentales que puedan haber sido aportadas. Al margen de la sumariedad del proceso, es necesario, pues, evaluar con algún detalle lo que se reclama y el elemento probatorio con el que se cuenta. Ello por el imperativo de tutelar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional...”⁴³³.

— *Habeas corpus correctivo.*

“... El proceso constitucional de hábeas corpus no sólo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende a otros derechos fundamentales. En efecto, su tutela comprende también la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados.

⁴³² STC 10101-2005-PHC, FJ 1.

⁴³³ STC 10101-2005-HC FJ 10.

Por ello, es legítimo que ante la afectación de tales derechos fundamentales o de aquellos derechos directamente conexos al de la libertad personal o ante la lesión de derechos diferentes al de la libertad, cuya afectación se genere como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual, puedan ser protegidos a través del proceso de hábeas corpus, que la tipología elaborada por la doctrina ha denominado como hábeas corpus correctivo...”⁴³⁴.

— *Hábeas corpus preventivo.*

“...Es preciso tomar en consideración que, tal como lo dispone el inciso 1) del artículo 200° de la Constitución, el hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir tal vulneración. En este caso, la actuación del juez constitucional es anterior al acto violatorio de la libertad individual o derechos conexos, pues se procede ante una amenaza.

Sobre el hábeas corpus preventivo y a efectos de valorar la amenaza frente a la cual procede este proceso constitucional, este Colegiado ha sostenido que: “ (...) se debe comprobar: a) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, es decir, que se configure un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en vía de ejecución, no entendiéndose por tal a los simples actos preparatorios; y b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones”. (Exp. 3171-2003 HC/TC)...”⁴³⁵.

La Garantía Constitucional de Hábeas Corpus preventivo con sustento en el art. 133 inc. 1°) de la CN y la Ley 1500/99.

Entrando en materia tenemos que la CN, en su art. 133 establece la garantía del Hábeas Corpus, disponiendo cuanto sigue: (...) El Hábeas Corpus podrá ser: (...) preventivo: en virtud del cual toda persona, en trance inminente de ser privada ilegalmente de su libertad física, podrá recabar el examen de la legitimidad de las circunstancias que, a criterio del afectado, amenacen su libertad, así como una orden de cesación de dichas restricciones...” En igual sentido, el art. 29 de la Ley 1500/99, dispone: “Procederá el habeas corpus preventivo en los casos en que se invoque que una persona se halla en trance inminente de ser privada ilegalmente de su libertad física”.

Si bien la Ley N° 1500/99 “Que reglamenta la Garantía Constitucional del Hábeas Corpus”, permite al Juez del Hábeas Corpus el juzgamiento de la competencia de la autoridad de la cual emana el acto y de la legalidad del mismo; en la Sentencia recurrida el a quo sólo se limita a transcribir la parte resolutive de una resolución recaída en otra causa, no siendo competente para ello, además de referir como “fundamento” de su decisión que dicho Auto Interlocutorio es posterior a la orden de captura N° 29 emanado de la Fiscalía interviniente en aquella causa. Como puede corroborarse en la SD N° 186 del 06/06/2009 del Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de Concepción, en ningún momento se ha hecho análisis alguno para verificar la procedencia del Hábeas Corpus preventivo ni se advierte fundamento alguno del

⁴³⁴ STC 02700-2006-PHC, FJ 2 y 3.

⁴³⁵ STC 06167-2005-PHC, FJ 39.

cual se pueda inferir la ilegalidad de la privación de la libertad física dispuesta por el Ministerio Público. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sala constitucional. **Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: Sanabria Quevedo, Aníbal s/ Habeas Corpus Preventivo.** (Ac. y Sent. N° 1286) c. ● 12/09/2012 . Publicado en: , La Ley Online;Cita online: PY/JUR/502/2012.

— *Hábeas corpus traslativo.*

“... Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.

En efecto, en el caso Ernesto Fuentes Cano vs. Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Exp. N.° 110-99-HC/TC), el Tribunal Constitucional textualmente señaló lo siguiente:

“Que, el tercer párrafo del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Decreto Ley N.° 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada ésta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137° del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura”...⁴³⁶.

— *Hábeas corpus instructivo.*

“...Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ernesto Castillo Páez vs. República del Perú, (párrafo 84 de la sentencia del 3 de noviembre de 1997), estableció lo siguiente:

“Habiendo quedado demostrado como antes se dijo (supra, párrafo 71), que la detención del señor Castillo Páez fue realizada por miembros de la Policía del Perú y que, por tanto, se encontraba bajo la custodia de éste, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de hábeas corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del artículo 25° de la Convención en relación con el artículo 1.1.”...⁴³⁷.

⁴³⁶ STC 2663-2003-PHC, FJ 6.

⁴³⁷ STC 2663-2003-PHC, FJ 6.

— *Hábeas corpus innovativo.*

“... Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante. Al respecto, Domingo García Beláunde [Constitución y Política, Eddili, Lima 1991, pág.148], expresa que dicha acción de garantía “debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado”. Asimismo, César Landa Arroyo [Tribunal Constitucional, Estado Democrático, Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 193], acota que “... a pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un hábeas corpus innovativo, siempre que el afectado no vea restringida a futuro su libertad y derechos conexos”...⁴³⁸.

— *Hábeas corpus conexo.*

“... El hábeas corpus conexo procede ante la amenaza o violación de los derechos constitucionales conexos a la libertad individual. En el Perú ha sido la Ley N° 23506 la que implícitamente ha dado lugar al hábeas corpus conexo, al establecer de modo enunciativo en su artículo 12° que el hábeas corpus procede en los diecisiete supuestos mencionados, de los cuales no todos estuvieron referidos en estricto a la libertad individual, sino también a derechos constitucionales conexos a ella...”⁴³⁹.

“... Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados...”⁴⁴⁰.

o *Configuración jurisprudencial del hábeas corpus conexo.*

“... El Tribunal Constitucional (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC. Fundamento 6. h) ha precisado que, el hábeas corpus conexo “cabe utilizarse cuando se presentan situaciones (...) como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc. Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados...”⁴⁴¹.

⁴³⁸ STC 2663-2003-PHC, FJ 6.

⁴³⁹ STC 4750-2007-PHC, FJ 2.

⁴⁴⁰ STC 2663-2003-PHC, FJ 6 acápite h) segundo párrafo.

⁴⁴¹ STC 4750-2007-PHC, FJ 4.

○ *Configuración legal del hábeas corpus conexo.*

“... El Código Procesal Constitucional en la misma tónica que la Ley N.º 23506 ha establecido en su artículo 25º que el hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere los derechos que enunciativamente conforman la libertad individual, también en los diecisiete supuestos mencionados; incluso ha ido más allá, pues en su parte in fine ha establecido que el hábeas corpus procede en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio...”⁴⁴².

— *Hábeas corpus excepcional.*

Aún cuando el TC no ha tenido oportunidad de pronunciarse por esta clase de hábeas corpus, no cabe duda de su importancia dentro del Estado Constitucional. La propia Constitución de 1993 ha establecido en su artículo 200, parte final, que cabe la interposición de los procesos constitucionales de la libertad durante la vigencia de un régimen de excepción, con el objeto de controlar si las restricciones a los derechos fundamentales se han realizado bajo los marcos de la razonabilidad y proporcionalidad. Con esta postura, nuestra Constitución ha adoptado la tesis conocida en la doctrina como la de *contralor judicial parcial*, y supone pues la presencia de un hábeas corpus excepcional dentro de nuestro ordenamiento constitucional, como una forma de interdictar posibles daños a la libertad personal efectuados durante un estado de excepción. Veamos, con este propósito la posición de los autores del Código Procesal Constitucional, respecto a esta especial tipología de hábeas corpus:

“Nuestra Constitución regula los estados de excepción en el artículo 137, y el artículo 200, parte final, establece que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137. Es innegable así la procedencia del hábeas corpus en los estados de excepción, que denominamos de excepción por las condiciones reinantes en que se dicta. Debe anotarse, que la tramitación correcta de esta hábeas corpus debe hacerse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se utilizan para determinar la validez de los actos que restringen derechos en los estados de excepción. La aplicación de la razonabilidad es pertinente, si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas y motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción, o si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos. La aplicación del principio de proporcionalidad, si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado, atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación del hecho sumariamente evaluada por el juez”⁴⁴³.

⁴⁴² STC 4750-2007-PHC, FJ 5.

⁴⁴³ AA.VV.: *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, 3ª. Edición, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2008, pp. 59-60.

i) El recurso de agravio constitucional a favor del orden constitucional.

Finalmente, el Tribunal ha dispuesto que en los casos donde se haya anulado un proceso penal o una investigación fiscal que verse sobre el delito de tráfico ilícito de drogas o lavado de dinero, en atención a la protección del orden jurídico constitucional, procede que contra la sentencia estimatoria de segundo grado del hábeas corpus se interponga un recurso de agravio constitucional excepcional. Veamos cómo ha sustentado esta postura el TC:

“Si corresponde al Tribunal Constitucional la protección del orden constitucional, este 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.

Anteriormente este Colegiado en la STC 4853-2004-PA, había establecido que también procede admitir el Recurso de Agravio Constitucional (RAC) cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que una decisión estimatoria de segundo grado “ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del Código Procesal Constitucional”.

Este precedente fue dejado sin efecto en el STC N.º 03908-2007-PA/TC, por las razones allí expuestas, a las que debe agregarse, además, que cuando se estableció el precedente vinculante antes contenido en la STC 4853-2004-PA, no solo no se resolvía un caso concreto, por lo que se establecía una regla genérica, sino que además, se sustentaba en una interpretación *sui generis* de la expresión “resolución denegatoria” –contraria a su real sentido jurídico y al consenso sobre su significado–, y pretendía no una defensa de la Constitución, sino de los precedentes que este Colegiado ha fijado.

Por ello, este Colegiado considera que, en aplicación del artículo 201º de la Constitución, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202º de la misma, es competente para revisar, vía RAC, 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.

En el presente caso, el análisis del tema de fondo, planteado en autos, pasa por analizar como se vincula la pretensión contenida en la demanda, con el contenido de lo dispuesto en el artículo 8º de la Constitución, el mismo que expresamente establece que “El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas”.

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, entendiendo que el RAC presentado en autos, es uno de naturaleza excepcional, ante la vulneración del orden constitucional, en particular, de lo dispuesto en el artículo 8º 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”⁴⁴⁴.

Ya sobre el fondo de lo solicitado, tenemos que la CN, en su art. 133 establece la garantía del Habeas Corpus, disponiendo cuanto sigue: (...) El Hábeas Corpus podrá ser: 3) Genérico: en virtud del cual se podrá demandar rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en los dos casos anteriores, restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal. Asimismo, esta garantía podrá interponerse en caso de violencia física, síquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad”.

Reglamentando las disposiciones constitucionales, el art. 19 de la Ley 1500/99, dispone: “Procederá el hábeas corpus reparador en los casos en que se invoque la privación ilegal de la libertad física de una persona”. Procederá el habeas corpus genérico para demandar, a) la rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en el habeas corpus reparador o en el preventivo, restrinjan ilegalmente la libertad o amenacen la seguridad personal; b) el cese de la violencia física, psíquica o moral que agrave las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad”.

Este es el marco jurídico dentro del cual debe canalizarse el estudio de la viabilidad o no del Habeas Corpus planteado y en función a los ítems que lo fundamentan y con arreglo a las normativas constitucionales y legales que rigen la materia.

En primer término, y dada la especialidad de la acción presentada, puesto que refiere a la protección de un derecho fundamental como es la libertad de las personas, es que esta Sala Penal, como en todos los casos de similares características, imprimió la celeridad que la propia Carta Magna y la Ley especial lo requieren.

Ya sobre el punto, conforme a las definiciones plasmadas por dicha norma fundamental, los presupuestos legales del Habeas Corpus requieren la presencia de una ilegalidad en la privación de libertad de la persona, situación que, en caso de verificarse fehacientemente, requiere inmediata corrección, dado que se afectan derechos como los de la libertad personal, la integridad física y la intimidad de la persona.

Es decir que, se prevé el mecanismo del hábeas corpus, no como un medio impugnatorio de resoluciones judiciales, sino más bien como correctivo de arbitrariedades que afectan directamente a la persona y que no admiten dilaciones, requiriendo una especial atención del órgano jurisdiccional. Y es que, tanto la Constitución, como la ley especial determinan reglas especiales, a saber: 1) excepción a las reglas de la competencia (puede plantearse ante cualquier Juez de primera instancia e incluso la propia Corte Suprema de Justicia); 2) legitimación procesal (puede presentarse tanto por la persona afectada, como por interpósita persona sin necesidad de poder); 3) mínimas formalidades (reducción de los plazos procesales, aplicación del iura novit curiae, gratuidad, y amplitud de facultades ordenatorias para los órganos jurisdiccionales actuantes).

Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sala penal. Habeas Corpus Reparador y Genérico a favor de Saucedo Franco, Eduardo. (Ac. y Sent. N° 647) ● 01/08/2014 . Publicado en: , La Ley Online; Cita online: PY/JUR/342/2014.

⁴⁴⁴ STC 2663-2009-PHC/TC, FF.JJ. 6-11.

Corte Suprema de Justicia del Paraguay, sala penal. Habeas Corpus Genérico presentado por el Abog. Jorge Rubén Vasconsellos a favor del Sr. Vasconsellos, Jorge Rubén. (Ac. y Sent. N° 996) ● 22/08/2013 . Publicado en: , La Ley Online; Cita online: PY/JUR/376/2013

Procedencia

En concordancia, la Ley N° 1500, en su art. 32 dispone cuanto sigue: “Procederá el habeas corpus genérico para demandar: a) la rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en el habeas corpus reparador o en el preventivo, restrinjan ilegalmente la libertad o amenacen la seguridad personal; b) el cese de la violencia física, psíquica o moral que agrave las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad”.

2. Proceso de amparo.

a) *Noción.*

El amparo ingresa a nuestra jurisdicción constitucional a través de la Constitución de 1979; si bien hoy la historiografía rescata versiones antiguas como modernas que precedieron al amparo constitucional, tales como los viejos interdictos novoandinos, tanto como los procesos de hábeas corpus que se tramitaron en la vía civil para tutelar derechos fundamentales distintos a la libertad individual. El Tribunal Constitucional peruano ha venido realizando una impresionante creación pretoriana asimilando lo más graneado de jurisprudencias ecuménicas que hoy conforman el cosmopolitismo del Estado constitucional contemporáneo. Y no sólo ello, sino que el Colegiado Constitucional se ha tomado la licencia de desarrollar, vía los *obiter dicta* de las sentencias, parte de las complejas categorías conceptuales que hoy vertebran la autonomía conceptual del amparo peruano. Así, el TC describe la siguiente noción de lo que es el amparo.

“[El proceso] de amparo es una garantía destinada a proteger los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado; su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o vulneración del derecho constitucional, y su naturaleza es restitutiva y no declarativa de derechos. El amparo no es un proceso constitucional mediante el cual se pueda declarar un derecho ni hacer extensivos los alcances de una norma legal a quienes no están expresamente comprendidos en ella [...]”⁴⁴⁵.

Igualmente y siguiendo el carril de categorías conceptuales el TC tomando como eje las regulaciones del Código precisa el *thelos*:

— *Finalidad.*

“El proceso de amparo se configura como un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas (ciertas e inminentes) de su transgresión. De esta forma, convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo de hecho, abriendo la puerta para una protección formal y material de los mismos, per-

⁴⁴⁵ STC 01875-2004-PA, FJ 2.

mitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales”⁴⁴⁶.

El Código Procesal Civil del Paraguay sancionado en el año 1988, regula la institución del Amparo el cual establece el procedimiento aplicable. Por su parte la Constitución Nacional establece en su Art. 134 dentro de las Garantías Constitucionales al Amparo estableciendo: “...Toda persona que por un acto u omisión, manifestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. el procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley. El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral. El Amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes. La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado...”

El Código Procesal Civil establece un procedimiento sumario ha ser interpuesto ante cualquier magistrado, estableciendo como condición o requisito indispensable la existencia de un acto violatorio o lesivo.

Al referirse la norma a un acto lesivo, se refiere a la un daño ilegal, subsistente, no consumado de un modo irreparable, no consentido, el perjuicio debe ser directo o personal no existiendo posibilidad por medios ordinarios de solucionarlos, la jurisprudencia ha denominada a la necesidad de agotar las instancias ordinarias o instancias administrativas, asimismo, la lesión no debe ser tema de discusión judicial en otro juicio al momento de promover el amparo.

b) Naturaleza jurídica.

Respecto a su naturaleza jurídica, si bien el Colegiado Constitucional no ha ingresado a ubicar a este instrumento procesal dentro de alguna categoría conceptual, el Tribunal sí ha precisado el carácter de doble dimensión de este proceso, asimilando la vertiente germano occidental de lo que es la naturaleza binaria de los derechos fundamentales en su dimensión objetiva y subjetiva, cuyo encaje y entronque derechos humanos-procesos constitucionales presentan una simetría armónica. Veamos:

— Doble naturaleza.

“En tanto proceso constitucional, comparte su doble naturaleza. Es decir, “la función de la Constitución en la dirección de los derechos fundamentales individuales (subjetivos) sólo es una faceta del recurso de amparo. Este tiene una doble función, junto a la subjetiva, otra objetiva: “asegurar el derecho Constitucional objetivo y servir a su interpretación ¡y perfeccionamiento!”.

En tanto proceso fundamentalmente subjetivo, es promovido por la violación de derechos fundamentales, alegación compleja que no puede ir dirigida únicamente a lograr que

⁴⁴⁶ STC 00023-2005-PI. FJ 13.

el Tribunal determine el contenido de un derecho tutelable por el amparo, sino que se vuelve indispensable la conexión de éste con un acto concreto -de autoridad o particulares- que haya producido una afectación sobre el mismo

Su dimensión objetiva, determina que para resolver se hace necesaria la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente a través de los principios constitucionales en los que se regula el derecho o categoría jurídica protegible que se alega vulnerada, la cual se convierte en criterio cierto para orientar la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de los demás órganos estatales y, particularmente, de los órganos judiciales⁴⁴⁷.

Como es sabido, el Código Procesal Civil, dictado bajo la vigencia de la Constitución de 1967, establece que será competente en el amparo "cualquier juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto, omisión o amenaza ilegítimo tuviere o pudiere tener efectos. Cuando un mismo acto, omisión o amenaza afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas las demandas el magistrado que hubiere prevenido, disponiéndose en su caso, la acumulación de autos". (art. 566). Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico procesal, la competencia en materia de amparo sigue correspondiendo al juez de primera instancia que tenga jurisdicción en el lugar en que el acto lesivo tuviere sus efectos. Si ese acto lesivo afectare a varias personas le corresponderá al magistrado que hubiere prevenido, disponiéndose eventualmente la acumulación de autos.

Corresponde así la competencia en las acciones de amparo, en el estado actual de nuestra legislación procesal, a los jueces de primera instancia, entendiéndose por tales a aquellos jueces que tienen a su cargo los juzgados de primera instancia establecidos en el art. 38 del Código de Organización Judicial, y no a aquellos magistrados o tribunales que por disposiciones especiales conocen en primer grado, sin ser propiamente jueces de primera instancia, como el Tribunal de Cuentas o la justicia letrada.

La Corte Suprema de Justicia ha resuelto, acertadamente, que la expresión "magistrado competente" utilizada por el Art. 134 de la Constitución de 1992 no significa que le atribuya competencia al Tribunal de Cuentas en las acciones de amparo que versen sobre materia contencioso-administrativa, ni modifica el art. 566 del Código Procesal Civil en cuanto establece que la acción de amparo es de competencia de los jueces de primera instancia. Al mismo tiempo declaró que el Tribunal de Cuentas, primera sala, aun cuando configura la primera instancia en los juicios contencioso-administrativos, no es propiamente un tribunal de primera instancia. (Ver Ac. y Sent. N° 195 del 20 de julio 1994 - Revista La Ley, 1994 N° 3, pág. 483). Amparo y constitución. Sosa Elizeche, Enrique A. Título: Amparo y constitución, Autor: Sosa Elizeche, Enrique A. Publicado en: LLP 1994, 607. Cita Online: PY/DOC/151/2007.

c) Procedencia.

Las tres grandes causales de procedencia del amparo han sido clásicamente estructuradas en la doctrina según la forma del acto lesivo que se impugne. Así, el amparo procede contra la violación o amenaza de violación de parte de una autoridad, funcionario o persona; igualmente, contra normas jurídicas y contra resoluciones judiciales.

⁴⁴⁷ STC 0023-2005-PI. FJ 14.

— *El presupuesto fáctico y jurídico: El acto lesivo.*

Veamos como el Tribunal Constitucional ha desarrollado estos tipos de procedencia del amparo, pero antes permítasenos incorporar la compleja teoría del acto lesivo, en tanto constituye el presupuesto fáctico y jurídico para que prospere cualquier proceso constitucional de la libertad. Así, en lo que respecta al acto lesivo en función al tiempo de su realización, el TC se ha pronunciado en parte, en los siguientes términos:

“A modo de introducción, es conveniente puntualizar que en muchas circunstancias la declaración de procedencia o improcedencia de una acción de garantía está sujeta al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional. En este contexto, cabe distinguir los siguientes:

a) Actos pretéritos.

Son aquellos hechos, sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad suscitados en el pasado que sólo requerirán la tutela jurisdiccional constitucional a condición de que se acredite que los derechos fundamentales vinculados a ellos, sea por una violación o amenaza de violación de los mismos, pueden ser objeto de reparación mediante la intervención jurisdiccional.

b) Actos presentes.

Son aquellos hechos sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se vienen realizando al momento de la interposición de una acción de garantía; y que seguirán subsistiendo hasta el momento de resolver en última instancia.

d) Actos de tracto sucesivo.

Son aquellos hechos sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se han generado y se seguirán generando sin solución de continuidad; es decir, tienen una ejecución sucesiva, y sus efectos se producen y reproducen periódicamente.

e) Actos en expectativa.

Son aquellos que no se han realizado en su integridad pero que desde ya se convierten en una amenaza cierta e inminente de violación de un derecho constitucional⁴⁴⁸.

Sentado lo que antecede, corresponde atender la cuestión fundamental y en ese menester debe tenerse presente que la acción de amparo es una garantía de orden constitucional, consagrada en el art. 134 de la norma fundamental, que estatuye: “Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítima, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la Ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el Magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción popular para los casos previstos en la Ley...//... la Ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el amparo no causarán estado”.

La tramitación de la acción de amparo se halla legislada en el Título II, Libro IV, del Código Procesal Civil y como primera reglamentación del art. 134 de la CN surge el art. 567 del

⁴⁴⁸ STC 3283-2003-AA/TC, FJ. 4.

CPC, que dice: “La acción de amparo será deducido por el titular del derecho lesionado o en peligro de serlo o por quien demuestre ser su representante, bastando para ello una simple carta poder o un telegrama colacionado...//...”. Además establece que en la misma no se podrá articular cuestiones previas, incidentes o excepciones (art. 586 del CPC).

La posibilidad, en el tiempo, del ejercicio de la acción se halla prevista en el art. 567, última parte del CPC que dice: “...//... En todos los casos la acción será deducida dentro de los sesenta días hábiles a partir de la fecha en que el afectado tomó conocimiento del acto, omisión o amenaza ilegítimo”. Tribunal de Apelaciones en lo Criminal de Asunción, sala 4. Crosa, Anair bajo patrocinio de abogado c. ESSAP S.A. s/ Acción de amparo. (Ac. y Sent. N° 37) 22/07/2014 . Publicado en: , La Ley Online; Cita online: PY/JUR/316/2014

En ese contexto, el Constitucionalista Bidar Campos, anota, en su obra “Derecho de Amparo”. “Si el amparo es la vía sumaria que tiende a reparar una lesión con carácter urgente, precisamente porque la índole de la pretensión jurídica del titular quejoso no se compone bien con un procedimiento común y lento, la finalidad de prontitud, de inmediatez, de celeridad, es la que le imprime su calidad fundamental... pero si el tránsito por las instancias previas que agotan los recursos normales importa una dilación que desnaturaliza la esencia de la pretensión, el amparo debe abrirse sin respetarla, o si la vía paralela que la legislación pone a disposición del interesado depara una solución tardía e ineficaz, el amparo debe suplirla”

Que, todos los derechos consagrados en la Constitución Nacional merecen la protección del amparo, pues no es sino un instrumento para la tutela de todos y no solo de algunos; así, todos los derechos fundamentales propiamente dichos y las situaciones jurídicas equiparadas, siempre que fueren desconocidos por actos de imperio o violados por actos antinormativos de cualquier agente del poder público o de los particulares deben ser reparados por vía del juicio de amparo constitucional.

Que, en cuanto a la existencia o no de remedios ordinarios, es menester que la lesión producida no pueda repararse por las vías normales establecidas, para lo cual es preciso que se hayan agotado en forma infructuosa todos los medios administrativos existentes, y que no existan vías judiciales hábiles para la reparación del daño o lesión. En el primer supuesto se trata de actos contra los que caben recursos administrativos, en estos casos, la impugnación debe ventilarse previamente en la esfera administrativa; a esta exigencia se la denomina vías previas. Según Lazzarini, son los procedimientos a efectuarse tanto en el ámbito administrativo estatal como dentro del ordenamiento administrativo no estatal, o sea, en el ámbito de la actividad privada. La utilización y el agotamiento de todas las vías previas puestas por la ley al alcance del agraviado en el mismo ámbito administrativo, es condición básica para poder impetrar amparo. Afirma el citado autor que no puede considerarse agotada la vía administrativa, si en ella se fue negligente, por no haber usado de los resortes procesales o porque se dejó consentir el acto.

Que, las llamadas vías paralelas son aquellas con que cuenta el agraviado para reclamar la protección de sus derechos violados ante la jurisdicción; el amparo será procedente, sólo cuando no exista un remedio legal idóneo para reparar la lesión producida y viceversa, la existencia de dicho remedio legal determinará, salvo excepciones, el rechazo de la vía sumaria; así también, igual consecuencia tendrá el haber agotado o utilizado la vía paralela. De acuerdo a lo sostenido, la existencia de procedimientos ordinarios obsta la viabilidad de la acción sumaria del amparo, cuando sean aptos o idóneos para la reparación del agravio, ya sea como consecuencia del mismo procedimiento, o mediante medidas cautelares, solicitadas al inicio o durante el curso del proceso, por ejemplo el embargo preventivo, la prohibición de innovar, la anotación de litis, etc.

Que, finalmente cabe citar a Enrique A. Sosa cuando en su obra “La acción de amparo - Derecho paraguayo y comparado”, al referirse a los “Caracteres” del amparo, dice: “El amparo así concebido constituye un remedio de carácter excepcional por lo que, como señala Alsina, sólo debe ser procedente en los casos en que de un modo claro, preciso y manifiesto, se acredite la restricción ilegal a los derechos individuales o una amenaza inminente y grave de aquello que razonablemente puede ocurrir, y cuando no exista en los procedimientos administrativos o judiciales normales, la vía necesaria para la protección de los derechos afectados o amenazados ; y agrega: “Por esta última característica, es decir, por la de que sólo procede ante la ineficacia o insuficiencia de los otros procedas igualmente de “residual” (a.c., o.c., p. 64, Edit. La Ley).

Que, se puede apreciar entonces, que si bien es cierto que el juicio de amparo fue concebido en la Constitución Nacional para la defensa irrestricta de las garantías y derechos consagrados en la misma, y que beneficia a todos los ciudadanos, no es menos cierto que no es un remedio apto para resolver adecuadamente toda clase de litigios, especialmente aquellos que requieren, por su complejidad y especificidad técnica, una amplia discusión e investigación a través de periodos también amplios de pruebas en donde sean propuestas y diligenciadas todas las que propusieren las partes y admitidas en el procedimiento ordinario. El juicio de amparo es idóneo y procede únicamente ante una situación de manifiesta ilegitimidad, de arbitrariedad, de daño evidente, actual, real y efectivo, y ante la ausencia de otras vías igualmente idóneas y eficaces en cuanto a los resultados y la tutela de los derechos conculcados o en peligro inminente de serlo

Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia de Asunción: Torales Cañiza, Gregorio y Cano Duarte, Nelson c. Res. N° 325/14 del Decanato de la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional de Asunción s/Amparo. (Ac. y Sent. N° 26) ● 12/05/2014 . Publicado en: , La Ley Online; cita online: PY/JUR/183/2014

— *Amparo por amenaza de violación*

“Por otro lado, dado que la demanda se sustenta en una presunta amenaza de derechos constitucionales, es pertinente recordar que este Colegiado ha precisado en reiterada línea jurisprudencial [cf. STC N.° 2593-2003-AA/TC] que, para ser objeto de protección a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación de un derecho constitucional debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos; efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiendo que implicará irremediabilmente una violación concreta”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ STC 0091-2004-AA/TC, FJ. 8. En igual sentido, STC 03981-2011-PA, FJ. 2.

— *Como garantía jurisdiccional amplia.*

“[...] [E]l artículo 200 inciso 2° de la Constitución no hace diferencias entre los tipos de actos que pueden ser objeto de control mediante el proceso de amparo. Sólo se refiere a que el proceso de amparo resulta procedente “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución...”. De este modo, el Amparo se constituye en una de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales más amplia y complementaria de las demás que ofrece el sistema constitucional peruano (a saber, el Hábeas corpus y el Hábeas data). La extensión de tal protección no se agota ni siquiera en la enunciación textual de los derechos reconocidos en la propia Constitución, pues mediante la cláusula de expansión y desarrollo de los derechos fundamentales a que hace referencia el artículo 3° de la Constitución, el amparo es también la garantía por excelencia para proteger los “otros” derechos “que se fundan en la dignidad del hombre, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Como anota Häberle, en el Estado Constitucional “¡No hay *numerus clausus* de las dimensiones de tutela y garantía de los derechos fundamentales, así como no hay *numerus clausus* de los peligros!”⁴⁵⁰.

— *Contra normas.*

“[...] [T]al como tiene establecido este Tribunal en uniforme y reiterada jurisprudencia la improcedencia del denominado “amparo contra normas”, se encuentra circunscrita a los supuestos en los que la norma cuya inconstitucionalidad se acusa sea heteroaplicativa, es decir, aquella cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo.

Es evidente que en tales casos no podrá alegarse la existencia de una amenaza cierta e inminente de afectación a los derechos fundamentales, tal como lo exige el artículo 2° del Código Procesal Constitucional (CPConst.), ni menos aún la existencia actual de un acto lesivo de tales derechos. De ahí que, en dichos supuestos, la demanda de amparo resulte improcedente”⁴⁵¹.

“En diversa jurisprudencia, este Colegiado ha señalado, que no procede el amparo directo contra normas cuando se trata de normas heteroaplicativas, es decir, que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores; contrario a ello, si procede cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (STC 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC).

Lógicamente, no resultaría exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamenta-

⁴⁵⁰ STC 01209-2006-PA, FJ 25, ver RTC 1209-2006-PA, Aclaración de fecha 27 de octubre del 2006.

⁴⁵¹ STC 04677-2004-PA, FJ 3.

les con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo”⁴⁵².

— *Amparo contra resoluciones judiciales.*

Como es harto sabido, en la evolución del amparo contra resoluciones judiciales se ha venido manifestando tres grandes tesis que aquí resulta oportuno sintetizar y que son: a) *La tesis negativa*, que consistía en que no podía residenciarse ni estimarse una demanda de amparo contra resoluciones judiciales por cuanto ello suponía violar la seguridad jurídica de la cosa juzgada, tanto como que un juez no podría ir contra un colegiado mayor. Asimismo, esta tesis admitió la idea de que el amparo, así delineado, se configuraba como una suprainstancia. Éstos y otros argumentos más primaron en el desarrollo primigenio de la antigua ley 23506. b) *La tesis permisiva débil*, que admite la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales siempre y cuando en su primigenia versión de la ley 23506 se haya violado la estructura del proceso (la interpretación *sensu contrario* del artículo 6, inciso 2, cuyo operador deóntico admitía la procedencia del amparo contra resolución judicial emanada de un procedimiento *irregular*). c) *La tesis permisiva fuerte*, que habilita la procedencia del amparo contra cualquier resolución judicial y cuyo aliento y ejemplo dimana del modelo ibérico y mexicano.

Hoy por hoy y con el delineamiento del artículo 4 del C.P. Const. Se ha incorporado la *tesis permisiva*, sin necesidad, estimamos aquí, de agregar el aditamento de *débil* o *fuerte*, sino que simplemente estamos ante una tesis permisiva cuando se violan dos grandes ámbitos que merecen protección judicial como es la *tutela judicial efectiva*, por un lado, y el *debido proceso*, por otro; que hoy ambos extremos forman parte de lo que el codificador, en un desarrollo de un concepto continente lo subsume como la “tutela procesal efectiva”.

El amparo contra resoluciones judiciales y el derecho a la tutela procesal.

“En concreto, la respuesta (doctrinal y) jurisprudencial que se ha dado al tema en cuestión [de la procedencia del amparo frente a resoluciones judiciales] normalmente se ha intentado a partir de una interpretación de la limitación contenida en el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución, cuyo texto reproduce con algunas variantes lo que en su momento preveía el inciso 3) del artículo 6 de la Ley Nº. 23506, ahora derogado, según el cual el amparo

(...) no procede contra (...) resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular

Descartada una lectura de dicho precepto constitucional en el sentido de que no cabía la interposición de un amparo contra resoluciones judiciales, existe consenso en admitirse que, más que una prohibición, en realidad, dicho precepto contiene una limitación, cuyo ámbito de actuación opera en aquellos casos en los que la resolución judicial emana de un proceso “regular”, pero no en aquellos otros donde ésta se expide en el seno de un proceso “irregular”.

⁴⁵² STC 02302-2003-PA, FJ 7.

Así fijado el sentido de este precepto constitucional, tras una interpretación literal, el paso siguiente fue dar respuesta a la interrogante ¿cuándo un proceso judicial puede considerarse “regular”? o, dicho en términos negativos, ¿cuando una resolución judicial emana de un proceso “irregular”?

La absolución de tal interrogante, a su vez, fue: Una resolución judicial emana de un proceso regular si ésta se expide con respeto de los derechos que integran el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, ambos reconocidos en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Lo que venía a significar que mediante el amparo sólo se podía cuestionar resoluciones judiciales si es que en el momento de expedirse, la irregularidad se materializaba en la afectación de derechos que forman parte de aquél.

Con ello, por un lado, se ratificaba la tesis de que el amparo contra resoluciones judiciales no podía constituir un instrumento procesal que se superpusiera a los medios impugnatorios existentes en la legislación procesal y, tampoco, en la habilitación de una vía en la que se pudiera reproducir una controversia formulada ante las instancias de la jurisdicción ordinaria.

Pero, al mismo tiempo, se venía a institucionalizar una doctrina jurisprudencial, según la cual los jueces ordinarios, en el ejercicio de sus funciones, sólo se encontraban vinculados a un número determinado de derechos fundamentales. En concreto, sólo en relación con aquellos de naturaleza procesal (tutela procesal y todos los derechos que lo integran).

En cierta forma, tal tendencia se ha concretado en el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 4 establece:

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...)

En definitiva, ya sea por vía jurisprudencial o por vía legislativa, la concreción sobre el ámbito de protección del amparo contra resoluciones judiciales se ha circunscrito sólo a la protección de los derechos fundamentales de orden procesal, quedando fuera de su ámbito todos los otros derechos igualmente fundamentales (o constitucionales).

¿Hay razones jurídico-constitucionales para que el ámbito de derechos protegidos mediante esta variante del amparo tenga que ser replanteado? El Tribunal Constitucional considera que la respuesta es afirmativa, desde un doble punto de vista. Por un lado, a partir del diseño constitucional del ámbito de protección de este proceso; y, por otro, a partir de la eficacia vertical de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho⁴⁵³.

Constitución y ámbito de protección del proceso de amparo.

“(…) En lo que hace al modelo constitucional del proceso de amparo, la Ley Fundamental contiene ciertas pautas específicas, como puede ser el ámbito de derechos protegidos (art. 200.2); extensión y límites del control de los actos restricti-

⁴⁵³ STC 3179-2004-AA, FJ 5-7.

vos de derechos durante los regímenes de excepción (art. 200 *in fine*) o la regulación parcialmente delimitada de las instancias competentes para conocerla (art. 202), etc.

Por lo que aquí interesa, es decir, con relación al ámbito de derechos protegidos en el proceso de amparo, el inciso 2) del artículo 200 de la Constitución precisa cuál es su competencia, *ratione materiae*, al establecer que

Son garantías constitucionales:

2) La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

En él, pues, se han de tutelar todos aquellos atributos subjetivos reconocidos en la Constitución, con excepción de los que, a su vez, son protegidos por el proceso de *habeas data*; es decir, el derecho de acceso a la información pública, reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución; y el derecho a la autodeterminación informativa, reconocido a su vez en el inciso 6) del mismo artículo 2 de la Norma Fundamental.

Sin embargo, la determinación de la competencia *ratione materiae* del proceso de amparo no sólo puede realizarse a partir de la dicción literal de la disposición que lo crea y de la remisión que ésta pueda hacer hacia otra disposición constitucional. Una interpretación sistemática con el inciso 1) del artículo 200, por exigencias del principio de unidad de la Constitución, necesariamente tiene que terminar con excluir también a los derechos protegidos por el proceso de *habeas corpus*; es decir, a la libertad individual y a los derechos conexos a él (enunciados, por otra parte, en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional).

De modo, pues, que el diseño constitucional de los derechos protegidos por el proceso de amparo, bien puede caracterizarse por tener un carácter totalizador, esto es, comprender residualmente la protección de todos los derechos constitucionales no protegidos por los otros procesos de tutela de los derechos fundamentales (*habeas corpus* y *habeas data*).

Así las cosas, cabe que nos cuestionemos acerca de las razones jurídico-constitucionales que puedan existir para limitar el ámbito de derechos protegidos por el amparo contra resoluciones judiciales sólo a la protección de los derechos que integran la tutela procesal.

Como ya se ha indicado, una primera respuesta a esta cuestión se ha efectuado interpretándose los alcances del segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución que, como se sabe, establece que el amparo

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular

Esta última parte del precepto constitucional antes recordado, no se ha entendido en el sentido de que por su virtud se prohíba la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, sino sólo que él no prospere si lo que se busca es cuestionar mediante este proceso constitucional una resolución judicial emanada de un proce-

so “regular”. Por el contrario, si la resolución judicial emanaba de un proceso “irregular”, sí cabía que se abriera las puertas de procedencia del amparo.

De esta manera la viabilidad del amparo contra resoluciones judiciales quedaba librada a lo que se pudiera entender por el término “regular”. Lo que, a su vez, se resolvió en el sentido de entender que un proceso judicial era regular siempre que se haya expedido con respeto del derecho a la tutela procesal. En tanto que devenía irregular si la resolución judicial se había expedido en un proceso judicial donde se hubiera lesionado el mismo derecho, o cualquiera de los derechos procesales que forman parte de él.

El Tribunal Constitucional considera que una respuesta como lo brindada no concilia con el diseño constitucional del ámbito de derechos protegidos por el proceso de amparo.

- a) En primer lugar, pues como se ha expuesto en el fundamento 12 de esta sentencia, los únicos derechos exceptuados del control mediante este proceso son los protegidos, a su vez, por el hábeas corpus y el hábeas data.
- b) En segundo lugar, es inadmisibles desde un punto de vista constitucional que se pueda sostener que una resolución judicial devenga de un proceso "irregular" sólo cuando afecte el derecho a la tutela procesal, y que tal "irregularidad" no acontezca cuando ésta afecta otros derechos fundamentales. A juicio del Tribunal, la irregularidad de una resolución judicial, con relevancia constitucional, se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental, y no sólo en relación con los contemplados en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

En definitiva, a partir del diseño constitucional del ámbito de derechos protegidos por el amparo, el Tribunal considera que es constitucionalmente inadmisibles sostener que del referido segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución se pueda inferir una limitación de la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales, más allá de los derechos garantizados por el hábeas corpus y el hábeas data⁴⁵⁴.

“(…) La tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los "otros" derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción ínsitos en cada uno de ellos.

En efecto, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces del Poder Judicial no sólo tienen la obligación de cuidar porque se hayan respetado los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas cuya controversia se haya sometido a su conocimiento, sino también la obligación –ellos mismos– de respetar y proteger todos los derechos fundamentales al dirimir tales conflictos y controversias.

Como se afirma en el artículo 38 de la Constitución:

⁴⁵⁴ STC 3179-2004-AA, FJ 10-14.

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Entre tanto, el artículo 138 de la Norma Fundamental recuerda que

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

Similar criterio es posible deducir si el mismo asunto se aborda a partir del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En efecto, con la referencia al recurso sencillo, rápido y efectivo para la tutela de los derechos que pudieran resultar lesionados por actos emanados incluso de "personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales", quiere expresarse la idea de que para la Convención Americana de Derechos no existe actuación estatal alguna que quede (o pueda quedar) exenta de control en nombre de los derechos fundamentales. Al extremo que, de acuerdo con los artículos 1.1 y 1.2 de la misma Convención, producida una lesión de los derechos esenciales del hombre, el Estado está en la obligación de establecer un proceso que sirva para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho; es decir, tiene el deber de

proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, ale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.

A juicio de la misma Corte Interamericana, el artículo 25.1 de la Convención

(...) recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados partes y por la Convención.

Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

En definitiva, una interpretación del segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución bajo los alcances del principio de unidad de la Constitución, no puede concluir sino con la afirmación de que la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales comprende a todos y cada uno de los derechos fundamentales que se puedan encontrar reconocidos, expresa o implícitamente, por la Norma Suprema. En su seno, los jueces constitucionales juzgan si las actuaciones jurisdiccionales de los órganos del Poder Judicial se encuentran conformes con la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De modo que la calificación de regular o irregular de una resolución judi-

cial, desde una perspectiva constitucional, depende de que éstas se encuentren en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales.

La variación de una jurisprudencia consolidada durante un poco más de cuatro lustros y, correlativamente, el establecimiento de un precedente de esta naturaleza, tras las observaciones precedentemente planteadas, no tiene por efecto inmediato la variación de algunos criterios consolidados jurisprudencialmente en torno a los alcances del control constitucional de las resoluciones judiciales. Particularmente, de aquellos en los que se afirmó:

- a) Que el objeto de este proceso constitucional es la protección de derechos constitucionales y no el de constituir un remedio procesal que se superponga o sustituya al recurso de casación. En efecto, los procesos constitucionales de tutela de derechos no tienen por propósito, prima facie, verificar si los jueces, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, infringieron normas procedimentales que no incidan en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela procesal (error in procedendo), o, acaso, que no hayan interpretado adecuadamente el derecho material (error in iudicando). Pero el juez constitucional sí tiene competencia para examinar dichos errores cuando los mismos son constitutivos de la violación de un derecho fundamental.
- b) Que se utilice como un mecanismo donde pueda volverse a reproducir una controversia resuelta por las instancias de la jurisdicción ordinaria. El amparo contra resoluciones judiciales no tiene el efecto de convertir al juez constitucional en una instancia más de la jurisdicción ordinaria, pues la resolución de controversias surgidas de la interpretación y aplicación de la ley es de competencia del Poder Judicial; siempre, claro está, que esa interpretación y aplicación de la ley se realice conforme a la Constitución y no vulnere derechos fundamentales. En efecto, en el seno del amparo contra resoluciones judiciales sólo puede plantearse como pretensión que una determinada actuación judicial haya violado (o no) un derecho constitucional, descartándose todos aquellos pronunciamientos que no incidan sobre el contenido protegido de estos⁴⁵⁵.

Canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales

“Los cambios jurisprudenciales a que se ha hecho referencia *supra*, implica también la necesidad de que el Tribunal Constitucional defina el canon bajo el cual realizará el control constitucional de las resoluciones judiciales.

La intensidad del control constitucional de las resoluciones judiciales a través del proceso de amparo depende de la interpretación que se haga de la configuración constitucional del mencionado proceso. Así, desde una interpretación estricta del amparo, los jueces constitucionales examinan la constitucionalidad de la resolución judicial en base al expediente judicial ordinario, otorgando mérito constitucional suficiente a los actuados judiciales. En esta perspectiva, el juez constitucional asume lo resuelto por el juez ordinario *iure et de iure*. Luego de ello y con estos

⁴⁵⁵ STC 3179-2004-AA, FJ 18-21.

actuados indiscutibles se pasa a realizar un examen de la motivación y relevancia constitucional de la resolución judicial en función del derecho fundamental invocado.

De otro lado, se parte de una interpretación flexible del amparo cuando el Juez constitucional adquiere plena jurisdicción sobre el fondo y la forma del proceso ordinario, realizando un examen constitucional de la motivación del fallo y de la relevancia de lo actuado judicialmente. Desde esta posición, el Juez constitucional asume competencia para examinar el juicio ordinario bajo un canon constitucional propio del supremo intérprete de la Constitución. Lo que significa la posibilidad de revisar todo el proceso que va desde el examen del acto lesivo, la validez o no de una norma legal, hasta el valor probatorio de las pruebas; es decir, revisando y reformando constitucionalmente la actuación judicial concreta que sea necesaria para determinar la constitucionalidad de la resolución judicial cuestionada.

No obstante, esta segunda perspectiva del proceso de amparo precisa que el Tribunal Constitucional establezca el canon interpretativo bajo el cual realizará el control constitucional de las resoluciones judiciales, sin que ello suponga convertir al Tribunal Constitucional en una cuarta instancia judicial y sí, más bien, a fin de reconocer que al Tribunal le corresponde, en el proceso de amparo, resolver, ponderadamente, sobre el fondo y la forma de los procesos judiciales ordinarios cuando estos hayan violado los derechos fundamentales tutelados por el proceso constitucional de amparo.

Dicho canon interpretativo que le permite al Tribunal Constitucional realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.

(a) Examen de razonabilidad. – Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

(b) Examen de coherencia. – El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

(c) Examen de suficiencia. – Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado⁴⁵⁶.

— *Una variante: amparo contra amparo.*

Una creación pretoriana y que hoy se manifiesta bajo los parámetros de la discutida y polémica “autonomía procesal” es la figura que formalmente está proscrita por el art. 5, inc. 6 del

⁴⁵⁶ STC 3179-2004-AA, FJ 22-23. Sobre el control de las resoluciones judiciales y su vinculación con el test de intensidad, véase la STC N.º 02598-2010-PA/TC, FJ. 2 al 4; asimismo, sobre el control de la constitucionalidad desde la ejecutoria suprema, revívese la STC N.º 02637-2011-HC/TC.

C.P.Const. del “amparo contra amparo”. A este respecto, bien vale aclarar que el Colegiado Constitucional con la antigua ley 23506 admitió esta figura y luego con la puesta en vigor del Código ha reafirmado su posición con todo lo opinable que pueda resultar esta llamada “autonomía procesal”; si bien como observará el lector el TC actualmente la ha diseñado bajo ciertas reglas establecidas en el precedente vinculante 4853-2004-PA/TC. Veamos.

Fundamento constitucional del “amparo contra amparo”

“En principio conviene destacar que, conforme se desprende del artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional, en el marco de la regulación actual, ya no sería posible iniciar una demanda de amparo para cuestionar “(...) una resolución firme recaída en otro proceso constitucional (...)”.

No obstante, este Colegiado ha establecido al respecto que “(...) la posibilidad del “amparo contra amparo” tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del artículo 200.2 de la propia Constitución, donde se establece que el Amparo “(...) No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”. A partir de esta consideración, el Tribunal ha precisado que “(...) cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5, inciso 6), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, esta disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional(...)”. (Caso Municipalidad Provincial de San Pablo, Exp. N.º 3846-2004-PA/TC)⁴⁵⁷.

El “amparo contra amparo”: su naturaleza excepcional.

“Aceptada la tesis de la procedencia del “amparo contra amparo”, debe precisarse de inmediato que ello sólo es admisible de manera excepcional. Se debe tratar de una transgresión manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, por acciones u omisiones de los órganos judiciales que permitan al Tribunal Constitucional constatar fácilmente que dichos actos u omisiones trascienden el ámbito de la legalidad y alcanzan relevancia constitucional, de modo que su uso no puede habilitarse para cuestionar deficiencias procesales de naturaleza legal o, eventualmente, para suplir negligencias u omisiones en la defensa de alguna de las partes. Se debe tratar, en consecuencia, de violaciones acreditadas fehacientemente a consecuencia de la actuación de los órganos judiciales durante el trámite de un proceso constitucional y que tengan directa vinculación con la decisión final de las instancias judiciales.

Dada la naturaleza excepcional de los procesos constitucionales el “amparo contra amparo” se configura como una excepción dentro de la excepción, por lo que los jueces deben valorar la intensidad de la afectación y el nivel de acreditación que se presente a efectos de no permitir que cualquier alegación pueda merecer una nueva revisión de los procesos constitucionales. Este Colegiado considera perti-

⁴⁵⁷ STC 4853-2004-PA, FJ 5.

nente dejar establecido que su uso excepcional sólo podrá prosperar por única vez y conforme a las reglas que se desarrollan más adelante. Varias son las razones de orden jurídico e institucional que respaldan esta tesis:

- a) El principio de seguridad jurídica, indispensable para el goce y disfrute de los derechos y libertades en el Estado democrático, en la medida en que permitir amparos sucesivos generaría una permanente inestabilidad e inseguridad en los justiciables;
- b) El principio de inmutabilidad de las decisiones judiciales, sobre todo cuando en los procesos constitucionales se trata de restablecer situaciones producidas a consecuencia de afectaciones a los derechos constitucionales;
- c) El principio de oportunidad y eficacia de la protección de los derechos. Esto está, además, íntimamente vinculado a los principios de sumariedad o urgencia que caracteriza a los procesos constitucionales, en la medida en que dejar abierta la posibilidad de amparos sucesivos, terminaría por desnaturalizar el carácter mismo de los mecanismos destinados a proteger en forma oportuna y eficaz los derechos más importantes en la sociedad democrática;
- d) Finalmente y, en todo caso, quien considere que, después de haberse resuelto un proceso de “amparo contra amparo”, persiste una situación de lesión a un derecho fundamental, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte, tal como lo dispone el artículo 205 de la Constitución y el artículo 114 del Código Procesal Constitucional⁴⁵⁸.

Los supuestos procesales y sustanciales del “amparo contra amparo”.

“Una de las reglas que se estableció en el expediente N.º 200-2002-AA/TC, para la procedencia del “amparo contra amparo”, señalaba que sólo ha de proceder contra sentencias constitucionales definitivas, siempre que aquellas no tengan carácter favorable para la parte actora, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada. Ésta fue una regla elaborada conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N.º 23506, que establecía que “la resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente”.

Al respecto el Tribunal considera necesario adecuar esta regla a efectos de optimizar la defensa del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados a consecuencia de la actuación de los órganos judiciales en un determinado proceso. En efecto, la estimación de una pretensión en un proceso constitucional no puede llevar a suponer, sin más, que en la tramitación de este haya desaparecido por completo cualquier posibilidad de afectación a los derechos fundamentales, generándose de esta manera un ámbito exento de control por parte del Tribunal Constitucional. En otras palabras, el “amparo contra amparo” no debe habilitarse en función de que el fallo en el primer amparo sea estimatorio o desestimatorio, sino en función de si puede acreditarse o no un agravio manifiesto a los derechos constitucionales a consecuencia de la actuación

⁴⁵⁸ STC 4853-2004-PA, FJ 6-7.

de los propios jueces constitucionales y cuya intensidad sea tal que desnaturalice la propia tutela que deba prestarse a través de su actuación.

De este modo en principio es razonable que tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado, cuando se acredite que en la tramitación se haya producido una violación manifiesta a un derecho constitucional, el “amparo contra amparo” resulta una opción válida a efectos de optimizar la defensa de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales, sin que su uso pueda suponer, paradójicamente, una nueva afectación. No obstante, conviene aquí analizar si el “amparo contra amparo” es la única vía posible para el control constitucional de las decisiones estimatorias de segundo grado que resulten lesivas de los derechos fundamentales o que desconozcan la doctrina constitucional o, llegado el caso, los propios precedentes del Tribunal Constitucional. El Tribunal abordará en los fundamentos siguientes los supuestos en los que cabe un nuevo amparo, para luego y a partir de la interpretación del artículo 202.2 de la Constitución explorar las posibilidades del propio recurso de agravio como mecanismo más efectivo para el control de las decisiones estimatorias de segundo grado que son dictadas en desacato directo a un precedente constitucional⁴⁵⁹.

Primer supuesto: sentencias estimatorias de segundo grado que afectan derechos fundamentales.

“Conforme ha quedado establecido hasta este punto, en el trámite de los procesos constitucionales, las decisiones estimatorias de segundo grado pueden también, eventualmente, ser dictadas con manifiesto agravio a algunos de los derechos constitucionales protegidos a través del proceso de amparo. En este caso, el hecho de que se haya dictado una sentencia de segundo grado estimando la pretensión contenida en la demanda de amparo, no la hace per se inimpugnable a través de un nuevo proceso de amparo.

En consecuencia el primer supuesto en el que se plantea la necesidad de un nuevo proceso de amparo es la invocación y consiguiente acreditación de un agravio manifiesto en el ámbito del contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional, producido en el trámite de un proceso de amparo. Tal afectación debe ser de tal intensidad que desnaturalice la propia decisión estimatoria, volviéndola inconstitucional y por tanto, carente de la condición de cosa juzgada en la que formalmente se pueda amparar.

En este punto conviene precisar que conforme tiene establecido este Tribunal (Exp. N.º 3179-2004-AA/TC), la protección de los derechos fundamentales vía un nuevo proceso de amparo no se agota en los aspectos formales, toda vez que el “amparo contra amparo” comparte el mismo potencial reparador cuando se trata de la afectación de cualquier derecho fundamental; esto es,“(…) comprender residualmente la protección de todos los derechos constitucionales no protegidos por los otros procesos de tutela de los derechos fundamentales (hábeas corpus y hábeas data)”. De este modo un proceso judicial resulta tanto irregular si viola el debido

⁴⁵⁹ STC 4853-2004-PA, FJ 8-10.

proceso formal y la tutela judicial efectiva, como cuando penetra de forma arbitraria o irrazonable en el ámbito constitucionalmente protegido de cualquier otro derecho fundamental.

Sólo así los derechos fundamentales alcanzan verdadera eficacia normativa vertical, vinculando a todos los poderes del Estado, incluidos los órganos del Poder Judicial. Esto además en el entendido de que el ámbito de protección del proceso constitucional de amparo no se limita solamente a la tutela del derecho al debido proceso, sino que se extiende de conformidad con el artículo 200.2 de la Constitución a todos aquellos derechos fundamentales que no son objeto de tutela por el proceso constitucional de hábeas corpus y hábeas data. Nada justifica por tanto, que el objeto de protección en el “amparo contra amparo” se reduzca sólo a los aspectos formales del debido proceso”⁴⁶⁰.

Segundo supuesto: sentencias estimatorias que desconocen la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

“Asimismo resulta razonable el uso de un segundo proceso constitucional para restablecer el orden jurídico constitucional y el ejercicio de los derechos fundamentales que pueda verse afectado con una estimatoria de segundo grado, cuando las instancias judiciales actúan al margen de la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde.

Todo lo anterior no excluye, en todo caso, que los jueces del Poder Judicial, que también son jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los derechos fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De es-

⁴⁶⁰ STC 4853-2004-PA, FJ 11-14.

te modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado”⁴⁶¹.

Tercer supuesto: decisiones denegatorias de segundo grado que afectan derechos de terceros que no han intervenido en el proceso y del recurrente que no ha tenido ocasión de interponer el respectivo recurso de agravio.

“Conforme se ha sostenido, uno de los argumentos que respaldan la posibilidad de interponer una nueva demanda de amparo contra las resoluciones estimatorias de segundo grado, provenientes de otro proceso de amparo, se sustenta en el mandato constitucional (arts. 201 y 202) que habilita al Tribunal como contralor último de la Constitución y defensor “definitivo” de los derechos fundamentales. Tales prerrogativas se concretan a través de un nuevo proceso de amparo siempre que se observen los presupuestos constitucionales que para ello se establecen en la presente sentencia.

No obstante, si bien es cierto que, tratándose de resoluciones desestimatorias siempre está abierta la posibilidad de interponer un recurso de agravio constitucional (artículo 18 del Código Procesal Constitucional), permitiendo en estos casos que sea el Tribunal Constitucional quien se pronuncie en última y definitiva instancia, también lo es que los terceros que resulten afectados ilegítima y directamente por dichas resoluciones no tendrían tal posibilidad en la medida en que su actuación como parte en el proceso haya sido denegada o simplemente no haya podido ser acreditada por desconocimiento de dicho trámite judicial. En consecuencia, el “amparo contra amparo” abre la posibilidad, en estos supuestos, de que las alegaciones de violación de derechos puedan ser evaluadas en un nuevo proceso constitucional y, de este modo, se pueda acceder a un pronunciamiento final y definitivo por parte del supremo intérprete y guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales, si la pretensión es denegada en las instancias judiciales.

En este sentido el “amparo contra amparo” habilita al tercero afectado, cuya participación haya sido rechazada en el primer amparo, o cuando, por desconocimiento probado, éste no haya tenido ocasión de solicitar su intervención en el trámite del primer proceso. En estos supuestos, dentro del plazo que establece el artículo 44 del Código Procesal Constitucional para el caso del amparo contra resoluciones judiciales, el tercero afectado en el ejercicio de sus derechos fundamentales a consecuencia de la decisión desestimatoria, puede presentar un nuevo amparo cuestionando dicha decisión, siempre que esta no haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional, tras haberse interpuesto el respectivo recurso de agravio constitucional.

⁴⁶¹ STC 4853-2004-PA, FJ 15-16.

Por ello se puede admitir un nuevo amparo frente a una resolución desestimatoria de segundo grado en los siguientes supuestos: (1) el caso del tercero que no ha participado en el primer proceso, bien por no haber sido admitido como parte en el primer amparo, pese a contar con los presupuestos procesales para ello, bien por desconocimiento del trámite al no habersele notificado como correspondía en su calidad de litisconsorte necesario. En este supuesto, la decisión desestimatoria de segundo grado le ha producido agravio sin que pueda ejercer su derecho de defensa; y (2) el caso de quien, habiendo sido parte en el proceso, no ha podido interponer el recurso de agravio en su oportunidad, sea por no habersele notificado oportunamente la sentencia desestimatoria o porque, pese a haber sido notificado, no ha podido conocer de su contenido por alguna imposibilidad material debidamente acreditada.

Hasta aquí el “amparo contra amparo” ha sido presentado como un medio excepcional que debe admitirse por única vez con el propósito de que, tras el manto de la cosa juzgada o de la firmeza de una decisión de segundo grado, no se cobijen violaciones más perjudiciales a los derechos de alguna de las partes del proceso o, incluso de terceros, en los términos expuestos supra. Asimismo, hemos señalado que procede también un nuevo amparo cuando mediante decisiones estimatorias se desconozca la doctrina constitucional de este Colegiado en su rol de defensa de la supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales. Resta por analizar la forma en que debe asumirse la defensa del orden constitucional o la restitución en el ejercicio de los derechos fundamentales a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado que haya sido dictada en desacato flagrante a un precedente constitucional establecido por este Colegiado en su actuación como Tribunal de Precedentes, al amparo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁴⁶².

— *Síntesis: las condiciones para la procedencia del “amparo contra amparo”.*

“De acuerdo a lo señalado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-AA/TC y bajo el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional así como de su posterior desarrollo jurisprudencial, el proceso de amparo contra amparo es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional cuya procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos o criterios. De acuerdo con estos últimos a) Solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta. Tratándose incluso de contraamparos en materia laboral dicha procedencia supone el cumplimiento previo o efectivo de la sentencia emitida en el primer proceso amparo (Cfr. 04650-2007-PA/TC, Fundamento 5); b) Su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad, siempre que las partes procesales del primer y segundo amparo sean las mismas; c) Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales desestimatorias como contra las estimatorias, sin perjuicio del recurso de agravio especial habilitado específicamente contra sentencias estimatorias recaídas en procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, en los que se haya producido vulneración del

⁴⁶² STC 4853-2004-PA, FJ 17-21.

orden constitucional y en particular del artículo 8º de la Constitución (Cfr. Sentencias emitidas en los Exp. N° 02663-2009-PHC/TC, Fundamento 9 y N° 02748-2010-PHC/TC, Fundamento 15); d) Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de los mismos; e) Procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; f) Se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, no pudo acceder al agravio constitucional; g) Resulta pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional (Sentencia recaída en el Expediente N° 03908-2007-PA/TC, Fundamento 8); h) No procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional; i) Procede incluso cuando el proceso se torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, como por ejemplo la de ejecución de sentencia (Cfr. STC N° 04063-2007-PA/TC, Fundamento 3; STC N° 01797-2010-PA/TC, Fundamento 3; RTC N° 03122-2010-PA/TC, Fundamento 4; RTC N° 02668-2010-PA/TC, Fundamento 4, entre otros)⁴⁶³.

— *Improcedencia del amparo contra decisiones del Tribunal Constitucional.*

“Si bien es cierto en materia de “amparo contra amparo” el desarrollo jurisprudencial de este Tribunal Constitucional ha sido abundante y difusa en cuanto al desarrollo de los supuestos de procedencia de este consabido régimen especial, llegándose incluso a emitir sendos pronunciamientos estimatorios de la demanda; no ha sucedido lo mismo con el supuesto de improcedencia cuando la demanda tenga la intención o finalidad de cuestionar una decisión emitida por el Tribunal Constitucional. Jurisprudencialmente, poco o nada, se ha dicho al respecto, por lo que ahora toca abordar tal supuesto.

Como bien se sabe, uno de los presupuestos procesales del “amparo contra amparo” establece que éste régimen especial “no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional”. Ello obedece estrictamente a razones de política jurisdiccional y de seguridad jurídica. Y es que el Tribunal Constitucional es el supremo controlador e intérprete de la Constitución, como tal se constituye en órgano último o de cierre de la justicia constitucional. Dada su colocación en la cúspide del sistema de justicia constitucional interno, surge, pues la necesidad de otorgarle certeza, credibilidad y confianza a sus decisiones con el fin de preservar el valor seguridad jurídica, concretizado en el hecho de que sus decisiones no puedan ser cuestionadas o dejadas sin efecto por órganos judiciales de inferior rango.

Lo expuesto, sin embargo, no significa que las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional gocen de la virtud de infalibilidad, sino que, por el contrario, siendo un Colegiado conformado por un grupo humano resuelve según sus convicciones, pareceres e interpretaciones acerca de lo que la Constitución proclama o establece, llegando a resultados que no en todos los casos pueden coincidir con las

⁴⁶³ STC 3893-2010-PA/TC, FJ. 3; STC 02805-2011-AA, FJ 3; sobre las razones por las cuales no procede el amparo contra decisiones del Tribunal Constitucional, véase la STC 0457-2012-PA, FJ 3.

alegaciones realizadas por las partes; por este motivo es que se habilita el cuestionamiento de sus decisiones en la jurisdicción internacional”⁴⁶⁴.

— *Un último supuesto de “amparo contra amparo” en materia laboral.*

Finalmente, y de modo reciente, el TC ha incorporado una exigencia adicional para la procedencia del “amparo contra amparo” cuando éste versara sobre cuestiones laborales, en estricto respecto a la reposición de un trabajador. Así, el TC ha sostenido:

“De ello se desprende que el “amparo contra amparo” no puede ser utilizado de manera temeraria por la parte vencida en un anterior proceso constitucional, con la simple intención de prolongar en el tiempo la ejecución de una sentencia constitucional o de resistirse a su efectivo cumplimiento. En este sentido, este Colegiado debe precisar, que si bien cabe como posibilidad excepcional el “amparo contra amparo”, incluso tratándose de una sentencia estimatoria, sin embargo, cuando se trate de sentencias que ordenan la reposición de un trabajador en su puesto de trabajo, tras haberse constatado la violación de sus derechos constitucionales, el principio tuitivo pro operario debe también trasladarse al ámbito de los procesos constitucionales, de modo que en caso de duda sobre la legitimidad constitucional de la sentencia estimatoria de amparo, los jueces del segundo amparo deben optar por hacer prevalecer la sentencia estimatoria sobre cualquier intento por desconocerla por parte del empleador.

En este sentido y conforme a los apremios previstos en el Código Procesal Constitucional, la Sala que recibe el segundo amparo, deberá verificar antes de admitir a trámite la demanda, si el empleador ha dado cumplimiento a la sentencia que ordena la reposición, de modo que el segundo proceso no pueda significar en ningún caso una prolongación de la afectación de los derechos del trabajador. Si la Sala constatará que al momento de presentarse la demanda en un segundo proceso de amparo, el empleador no ha cumplido con lo ordenado en el primer amparo, la demanda será declarada liminarmente improcedente, dictándose de inmediato los apremios del artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional.

Admitida a trámite la demanda del segundo amparo si esta resultara infundada la instancia judicial correspondiente, o en su caso, el Tribunal, impondrán una multa por temeridad procesal al recurrente, conforme lo prevé el artículo 56° del Código Procesal Constitucional”⁴⁶⁵.

d) La configuración constitucional y legal del amparo.

La procedencia del amparo en el Perú puede ser enfocado, amén de las causales de improcedencia establecidas en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional, desde la óptica de su diseño constitucional y legal. Así, los principales presupuestos de procedibilidad del amparo tienen que ver con el diseño que la Constitución misma le ha prefigurado y con la opción que el legislador ha concretado como política jurisdiccional dentro de aquella. En lo que corresponde a su diseño constitucional, el amparo procede para la protección de los derechos que se derivan o tienen sustento directamente en la Constitución, es decir su ínsita naturaleza de “proceso cons-

⁴⁶⁴ STC 3252-2010-PA/TC, FF.JJ. 6-8.

⁴⁶⁵ STC 4650-2007-PA-TC, FF.JJ. 4-5.

titucional” lo hace proteger sólo aquellos derechos que la Constitución recoge, quedando excluidos aquellos que derivan de la ley o de otra fuente del derecho de inferior jerarquía. Por su parte, en lo que corresponde a la configuración que el legislador ha establecido, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional, el amparo en nuestro país se presenta como subsidiario o residual. En este contexto, la opción del legislador ha sido habilitar su procedencia solo cuando no exista una vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho. Veamos como el Tribunal Constitucional ha delineado a partir de esta doble configuración el proceso de amparo en nuestro país.

— *Proceso de amparo y derechos fundamentales. La cláusula del “contenido constitucionalmente protegido”.*

“Reconocer que el proceso de amparo sólo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresos o implícitos), implica, ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión reputada de inconstitucional, en efecto, incide sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho.

Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional (CPConst.), al precisar en el inciso 1) de su artículo 5º que los procesos constitucionales no proceden cuando “[l]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38º del CPConst., establece que éste no procede “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

En estricto, pues, con los dispositivos citados, el legislador del CPConst. no ha incorporado al ordenamiento jurídico una nueva regla de procedencia para los procesos constitucionales de la libertad. Tan sólo ha precisado legislativamente determinados presupuestos procesales que son inherentes a su naturaleza. En efecto, en tanto procesos constitucionales, el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, sólo pueden encontrarse habilitados para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal.

Sin embargo, es preciso que este Tribunal analice, de un lado, el sustento constitucional directo del derecho invocado, y de otro, el contenido constitucionalmente protegido del derecho, como presupuestos procesales del proceso de amparo”⁴⁶⁶.

El TC ha hecho un deslinde, acaso interpretando la cláusula del artículo 5, inciso 1 y 38 del C.P.Const. Así no se puede residenciar un proceso constitucional si es que no se trata de un derecho de contenido constitucional directo, y así diferencia a éstos de los derechos de configuración legal. Veamos:

⁴⁶⁶ STC 1417-2005-PA, FJ 8.

— *Los derechos de sustento constitucional directo.*

“Existen determinados derechos de origen internacional, legal, consuetudinario, administrativo, contractual, etc., que carecen de fundamento constitucional directo, y que, consecuentemente, no son susceptibles de ser protegidos a través del proceso de amparo.

La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38º del CPConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55º de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o “bloque de constitucionalidad”.

De ahí que el artículo 79º del CPConst., establezca que “[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales”.

Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente⁴⁶⁷.

— *Los derechos de configuración legal.*

“Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental”⁴⁶⁸.

— *El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.*

“(...) Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás de-

⁴⁶⁷ STC 1417-2005-PA, FJ 9-10.

⁴⁶⁸ STC 1417-2005-PA, FJ 12.

rechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto”⁴⁶⁹.

— *Régimen legal del amparo. El carácter subsidiario o residual del amparo.*

“La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5.º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

Al respecto, este Colegiado precisó que “(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario”. (Exp. N.º 4196-2004-AA/TC, Fundamento 6).

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.º 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

⁴⁶⁹ STC 1417-2005-PA, FJ 20-21.

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 138º.

Consecuentemente, solo 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”⁴⁷⁰.

Por otro lado, fundándose en la dimensión objetiva del proceso de amparo, el TC ha establecido que, pese a no existir riesgo de irreparabilidad del derecho que amerite la tutela de urgencia, el amparo puede resultar procedente cuando se verifique objetivamente que es necesario corregir, completar o efectuar una definición sustantiva del contenido constitucional de un derecho fundamental. Veamos esta novedosa postura del TC:

“Un aspecto que, a través de una cada vez más consolidada jurisprudencia, este Colegiado ha considerado trascendente a la hora de admitir a discusión y debate una controversia, es el tema de la función o dimensión objetiva de los procesos constitucionales. En efecto, esta dimensión del proceso constitucional, sin anular la dimensión subjetiva tutelar de un proceso de la jurisdicción constitucional de la libertad, incorpora una concepción que difiere en grado sumo de la concepción clásica del proceso acuñada por la Teoría General del Proceso.

Como este Colegiado ya ha tenido ocasión de precisar, el Derecho Procesal Constitucional asume por la especial finalidad que ostenta, unos rasgos o características diferenciadas del Derecho Procesal General. Así, el Derecho Procesal Constitucional, como derecho constitucional concretizado o bajo la concepción instrumental que le otorga la moderna doctrina procesal, propugna, en atención a la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, la configuración especial de determinadas instituciones procesales y la apertura del proceso hacia nuevos cauces. En esta línea de razonamiento, uno de los aportes más significativos que esta rama procesal ha incorporado al ordenamiento jurídico es la posibilidad de ponderar el proceso más allá de su estricto rol de solución pacífica de conflictos inter-partes, aunando a su objeto la necesaria estabilización del ordenamiento jurídico a través de la actividad interpretativa. En este contexto, el proceso no sólo cumple su finalidad en la resolución de los intereses subjetivos planteados al interior del proceso, sino que extiende su thelos a la ordenación y pacificación de un conflicto derivado de la ausencia o deficiencia de regulación jurídica concreta.

Un caso paradigmático de la función objetiva del proceso constitucional es el regulado en el artículo 1 del C.P.Const., donde se establece que aún cuando el interés subjetivo de la parte ha desaparecido, por irreparabilidad del daño sufrido o por cesación de la agresión ius-fundamental, el amparo puede declararse fundado. Y es

⁴⁷⁰ STC 206-2005-PA, FJ 3-6.

que aún cuando ya no hay un interés subjetivo que proteger, lo que significaría para el procesalismo clásico el decaimiento del objeto del proceso, la dimensión objetiva del proceso, que el derecho procesal constitucional incorpora, importa también la tutela del interés objetivo de la sociedad, representado por la determinación que el juez constitucional deba realizar de la conducta lesiva del derecho fundamental. Dicha determinación permitirá ordenar la conducta del funcionario o persona empleada con el amparo e impedirá la comisión de una nueva lesión ius-fundamental, además de orientar el correcto desempeño de otras autoridades o particulares, según los contenidos fundamentales determinados en la sentencia.

En lo que se refiere a la evaluación de la procedibilidad de la demanda, como ya adelantamos, la dimensión objetiva del amparo adquiere también trascendental importancia. Y es que si bien, desde una perspectiva subjetiva de evaluación de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., el amparo sólo procede cuando el demandante no cuente con otra vía procesal específica igualmente satisfactoria para la protección de sus derechos constitucionales amenazados o vulnerados, lo cual implica la concurrencia de dos requisitos copulativos: la existencia de una vía específica (existente en casi todos los casos) y la satisfacción paritaria de dicha vía respecto al amparo (lo cual se determina, entre otras cosas, por la capacidad que ese cauce procesal tenga para atender temas de urgencia); desde una perspectiva objetiva del amparo, dicha exigencia se diluye.

Y es que el interés que estará en juego en el proceso ya no será solo el interés de la parte reclamante del amparo o, en todo caso, de la contraparte demandada, merced a lo cual, si existe otra vía para satisfacer su pretensión que sea igualmente satisfactoria, la demanda deberá ser encauzada a través de ésta; sino que el interés primordial, que se suma al del amparista, será el interés de la sociedad de obtener una solución adecuada a un problema de relevancia constitucional que no ha sido definido con anterioridad o que lo ha sido pero de modo defectuoso y contradictorio y que requiere, por tanto, un pronunciamiento en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

En esta línea de razonamiento, este Tribunal considera que desde una interpretación en clave objetiva del proceso de amparo, no puede considerarse como una vía específica igualmente satisfactoria a la vía judicial ordinaria, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., y es que cuando exista un tema de relevancia constitucional que requiera un pronunciamiento en la jurisdicción constitucional, sea por motivos de ausencia de pronunciamiento o de deficiencias, incoherencias y contradicciones en la misma, la vía procesal del amparo se convierte en la vía que debe activarse para la resolución de la controversia constitucional suscitada⁴⁷¹.

— *Interpretación desde la Constitución de la vía igualmente satisfactoria.*

Si bien cabe aquí esbozar aunque de manera breve la naturaleza del amparo según su diseño normativo de *subsidiaria-residual* o *alternativa-optativa*, como lo ha venido predicando Néstor

⁴⁷¹ STC 228-2009-PA/TC, FF.JJ. 13-15.

Pedro Sagüés a nivel latinoamericano, en las reiteradas resoluciones que emite el TC subyace como terreno recurrente la cláusula residual del art. 5.2; ello sin embargo, no ha sido óbice para que el propio Colegiado flexibilice esta postura residual respecto a las llamadas vías ordinarias igualmente satisfactorias, en consideración a la naturaleza del amparo como proceso urgente. Veamos.

“Que, si bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2, la demanda de amparo no procede cuando existan vías específicas, igualmente satisfactorias, ello no implica que toda pretensión planteada en el proceso de amparo resulta improcedente, siempre que haya a disposición del justiciable una vía ordinaria a la que acudir. Desde una perspectiva general, bien sabido es que para la protección de derechos constitucionales, las vías ordinarias siempre han de proveer vías procesales tuitivas, de modo que una aplicación general de tal causal de improcedencia terminaría por excluir toda posibilidad de tutela a través del proceso constitucional de amparo. Sin embargo, tal no es una interpretación constitucionalmente adecuada de la citada disposición, en especial, cuando ha de interpretársela desde el sentido que le irradia el artículo 200, inciso 2, de la Constitución y, además, desde la naturaleza del proceso de amparo, en tanto vía de tutela urgente. Desde tal perspectiva, en la interpretación de la referida disposición debe examinarse si, aun cuando existan vías judiciales específicas, igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, en virtud de las circunstancias del caso, una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria.

Que, en el presente caso, los recurrentes interpusieron demanda de amparo alegando que la Asociación demandada los había expulsado lesionando sus derechos a no ser discriminado de ninguna forma por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma; al debido proceso, de defensa y de asociación; situación que, hemos de advertir, les impide permanentemente el ejercicio del derecho de asociación y, en consecuencia, el goce de los atributos derivados de la membresía de la Cooperativa demandada. Tal situación pone de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida, muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria, dado que dicho impedimento proviene, no del poder público –en cuyo caso hay la presunción del ejercicio de una competencia–, sino de un particular, trayendo ello consigo la apariencia de una manifiesta arbitrariedad frente a los recurrentes, al impedirles el ejercicio de su derecho de asociación. Esta circunstancia permite apreciar la urgencia de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de los recurrentes”⁴⁷².

e) Otras causales de improcedencia.

El Código Procesal Civil Paraguayo establece en el Artículo 525 las cauales de improcedencia de la acción de amparo entre estas podemos citar, a) contra las resoluciones judiciales o sentencias dictadas por los Jueces o Tribunales.

Esta razón es invocada en la norma con la finalidad de no desvirtuar procesos judiciales o evitar un desorden en el sistema de justicia, respetando sobre todo el instituto de la cosa juzga-

⁴⁷² STC 149-2007-PA, FJ 3-4.

da. b) la norma citada imposibilita la acción de amparo cuando existe un remedio procesal por emdío del habeas corpus, teniendo como hecho generador de la lesión una privación o peligro de privación ilegal de restricción a la libertad, en estos casos de optarse por la acción de amparo la misma reulta imporcedente.

- c) La norma establece que resulta imporcedente el amparo en caso que su aplicación perturbe directa o indirectamente la regularidad o eficacia de una prestación de servicio público o actividad pública.

Enrique A. Sosa, en su obra "El amparo judicial", Editorial La Ley S.A., punto 3 "Vías paralelas", p. 129, dice: "...//... En la generalidad de los casos el amparo será igualmente improcedente si el agraviado cuenta con un medio eficaz para reclamar la protección de sus derechos violados ante la autoridad jurisdiccional. A estos remedios se le denomina en doctrina, vías paralelas o concurrentes o convergentes. Vía paralela o concurrente es, según Bidart Campos, todo medio de defensa de que dispone el agraviado por el acto lesivo, al margen del amparo, para articular ante autoridad competente su pretensión jurídica. Entendemos que debe tratarse de autoridad con potestad jurisdiccional pues de otro modo podría confundirse con las vías previas en la que también puede lograrse la reparación del acto violatorio...//...".

Finalmente, debe atenderse el orden de imposición de las costas y para tal propósito debe expresarse que las disposiciones del Código Procesal Civil se sustentan en la "teoría del riesgo asumido", como criterio regulador. En materia de amparo, atendiendo a su naturaleza especial y sumaria, se extiende la posibilidad de no imponer costas cuando no hubo controversia, cuestión que no se compadece con nuestra realidad procesal en donde obviamente hubo litigio. En tal circunstancia debe imponerse las costas a la parte vencida, art. 587 del CPC.

Régimen doctrinal y fallos. Bidart Campos, en su obra: "Régimen legal y jurisprudencial del Amparo", Editorial Ediar, p. 19, punto 6, "Los derechos constitucionales y el amparo", dice: "Cuando en la pretensión jurídica material va ínsito un derecho reconocido por la constitución escrita, cuya amenaza o violación se alega por parte interesada, el proceso debe revestir la aptitud necesaria que la sentencia mantenga con eficacia la vigencia de la constitución. De ahí que los casos fundamentales de acciones de amparo hayan tenido por ocasión las situaciones de agresión ilegítima a derechos con rango constitucional las...//... Toda vez que la lentitud puede frustrar la idoneidad de la sentencia o desubicarla del ámbito real de la situación jurídica que debe resolver, el derecho a la jurisdicción reclama la apertura de vías procesales aptas por su celeridad y sumariedad".

Cesar Garay, en su obra "Técnica jurídica", Editorial Emasa, "El amparo", dice: "1.- La jurisprudencia en nuestro país en relación al amparo, es uniforme en el sentido que es inadmisibile cuando median vías legales para tutelar el derecho supuestamente tutelado, máxime, cuando no se da el presupuesto básico de la urgencia. 2. La urgencia en la reparación de un derecho lesionado es un presupuesto fundamental para que proceda el amparo. 3. Aun existiendo vías legales aptas en el juicio ordinario, procede hacer lugar al amparo, si la naturaleza del derecho o garantías tutelados se desprende que la misma debe ser restablecida, porque si se la somete al procedimiento ordinario, ella ya no tendría razón, cuando resulta palmariamente indiscutible que se da la lesión de un derecho fundamental, y que tiene sentido de urgencia y hasta si se quiere de angustia. En tal caso, procede el amparo. 4. El amparo es de carácter excepcional. La valoración de su procedencia debe hacerse con suma prudencia y moderación "Primera Instancia Civil del Cuarto Turno, Julio 12 de 1974, SD N° 366", obra citada p. 821.

A continuación, revisaremos cuál ha sido el parecer del Tribunal en relación a aquellas otras causales de improcedencia que señala el C.P.Const., a parte de las señaladas en los incisos 1 y 2 de su artículo 5, que ya hemos analizado.

— *Acudir de modo previo a otro proceso judicial para la tutela de los derechos fundamentales.*

Según el artículo 5, inciso 3 del C.P.Const., los procesos constitucionales no proceden cuando “el agraviado haya recurrido a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional.” Por ser de fácil comprobación, esta causal ha sido aplicada sin mayor problema por los jueces constitucionales. Sólo resta señalar que, al no hacer distinción alguna, debe entenderse que el artículo transcrito alude tanto a procesos ya concluidos como aquellos que se encuentran aún en trámite. Asimismo, y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, esta causal de improcedencia se refiere:

“no sólo al supuesto de que un demandante haya recurrido a otro proceso judicial ordinario, sino también cuando acude a otro proceso constitucional”⁴⁷³.

— *Agotamiento de las vías previas.*

En atención al artículo 5, inciso 4 del C.P.Const., no proceden los procesos constitucionales cuando “no se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus”. Sobre el fundamento de esta causal de improcedencia, el TC ha expresado lo siguiente:

“El agotamiento de las vías previas es una causal de improcedencia, prevista tanto por la derogada Ley N.º 23506 como por los artículos 45° y 5°, inciso 4) del Código Procesal Constitucional vigente. Una finalidad de la exigencia del agotamiento de la vía previa es:

“(…) dar a la Administración Pública la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover su autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores, reforzar la presunción de legitimidad de los actos administrativos, para que no llegue al cuestionamiento judicial, actos irreflexivos o inmaduros; y limitar la promoción de acciones judiciales precipitadas contra el Estado”⁴⁷⁴.

Por su parte, las excepciones están listadas en el artículo 46 del Código, que a la letra señala: “No será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución”. En cualquiera de los casos, hemos de recordar que el artículo 45 del Código señala también que “en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo”. Veamos a continuación la forma cómo el TC se ha pronunciado respecto a estas causales de excepción al agotamiento de la vía previa.

⁴⁷³ RTC 00412-2007-PA/TC, FJ. 4.

⁴⁷⁴ STC 3778-2004-AA/TC, FJ. 9.

— *Las vías previas en el ámbito administrativo.*

El procedimiento administrativo es la vía previa por excelencia y se configura cuando el agresor del derecho constitucional proviene de una autoridad pública, por ello debe ser agotado antes de recurrir al amparo, así lo entiende el Tribunal Constitucional cuando refiere que:

“[L]a exigencia de agotarse la vía administrativa antes de acudir al amparo constitucional se fundamenta en la necesidad de brindar a la Administración la posibilidad de revisar sus propios actos, a efectos de posibilitar que el administrado, antes de acudir a la sede jurisdiccional, pueda en esa vía solucionar, de ser el caso, la lesión de sus derechos e intereses legítimos’. Y es que la exigencia del agotamiento de la vía previa tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del proceso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca sin dar oportunidad a la Administración Pública de pronunciarse y, en definitiva, de remediar la lesión que luego se invoca en el proceso de amparo, pues conforme al artículo 38.º de la Constitución tiene el deber ‘de respetar, cumplir y defender la Constitución’⁴⁷⁵.

De otro lado, también ha señalado que:

“La exigencia del agotamiento de las vías previas debe ser interpretada de manera restrictiva, en la medida que constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos fundamentales, en concreto, al derecho a la jurisdicción. Por tal motivo, debe aplicarse un criterio de flexibilidad, *pro homine*, que evite que la citada exigencia derive en un formalismo inútil que impida la justiciabilidad de la administración. Asimismo, la regla del agotamiento de la vía administrativa debe mantenerse dentro de los cánones constitucionales, vinculándose con las exigencias propias de la administración, como la de asegurar un debido proceso a los administrados. Ello otorga razonabilidad a la exigencia de agotamiento de la vía administrativa, pues no puede haber demora o detención de la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales. En ese sentido, si el recurrente considera que la dilación excesiva del proceso administrativo disciplinario vulneraba su derecho constitucional al debido proceso, restringir la vía constitucional frente a su necesidad de tutela jurisdiccional efectiva implica una limitación injustificada de la misma, más aún cuando el proceso de amparo es la vía idónea para decidir si un derecho fundamental ha sido o no violado”⁴⁷⁶.

Asimismo, ha señalado que para el cumplimiento del agotamiento de la vía previa:

“no basta la sola presentación de los recursos administrativos por parte del demandante, sino que estos deben cumplir con los requisitos establecidos por la ley para su validez y eficacia administrativa. Asimismo, los recursos administrativos, para que den inicio al agotamiento de la vía previa y suspendan el cómputo del plazo de prescripción, deben ser presentados en el plazo legalmente estipulado para ello, ya que un acto administrativo que no es impugnado dentro del plazo adquiere la calidad de cosa decidida, y porque el recurso presentado fuera del plazo no conlleva el inicio de la vía previa, por cuanto ésta es un efecto propio y reservado a los recursos que se interponen dentro del plazo legalmente estipulado para ello”⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ STC 02833-2006-PA/TC, FJ 5 y 6.

⁴⁷⁶ STC 3778-2004-PA/TC, FJ 11.

⁴⁷⁷ STC 02833-2006-AA/TC, FJ 9.

— *Las vías previas en el ámbito privado.*

Si bien en nuestro ordenamiento, la regulación de las vías previas ante decisiones de particulares no está expresamente prevista, cuando la agresión es producida por una persona jurídica o asociación, su consiguiente vía previa deberá ser evaluada a la luz de los mecanismos o recursos previstos en normas que para dicho efecto han sido establecidas (normas estatutarias, reglamentos internos, entre otras denominaciones). Cabe precisar que en el caso de las agresiones realizadas por personas naturales, no resultará exigible este requisito, pues resultará irrazonable exigir en la vía procesal del amparo un acuerdo previo con el agresor del derecho fundamental, mas aún cuando en este tipo de procesos no se exige un acto de conciliación previo, por la naturaleza residual y sumaria que supone la tutela que ofrece.

Frente a este supuesto de lesiones bajo el Código Procesal Constitucional, la jurisprudencia constitucional, ha señalando que:

“tratándose de agresiones atribuidas a particulares o personas jurídicas, el afectado estará sujeto a tal exigencia, únicamente si el estatuto de aquella contempla el referido procedimiento, ya que según el inciso 3) del artículo 46.º del CPConst. no será exigible el agotamiento de las vías previas si ésta ‘no se encuentra regulada’”⁴⁷⁸.

— *La ejecución prematura de la resolución administrativa.*

Esta excepción se encuentra recogida en el inciso 1 del artículo 46 del Código Procesal Constitucional, se configura cuando una resolución que no es la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida, esto es, antes de los 15 días de su notificación. Podemos afirmar que esta excepción contiene a su vez dos justificaciones que validan la inexigibilidad de este presupuesto. Así, al verificarse la realización de la ejecución adelantada de la decisión, la Administración en principio está recortando la oportunidad al administrado para cuestionar la decisión adoptada, hecho que transforma la posible afectación en un supuesto lesivo manifiesto; mientras que, la consecuencia de la concretización de la lesión produce una especie de definitividad de la decisión que hace posible cuestionarla en sede judicial. Sobre esta excepción, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que:

“La exigencia de agotabilidad de dicha vía antes de acudir al amparo constitucional se fundamenta en la necesidad de brindar a la Administración la posibilidad de revisar sus propios actos, a efectos de posibilitar que el administrado, sin tener que acudir a un ente jurisdiccional, pueda en esa vía solucionar, de ser el caso, la lesión de sus derechos e intereses legítimos. Ahora bien, no obstante la existencia de dicha obligatoriedad, existen determinadas circunstancias que pueden convertir el agotamiento de la vía administrativa en un requisito dañoso, particularmente, cuando de la afectación de derechos fundamentales se trata. En tales casos, se exige al administrado de cumplir con dicha exigencia. Las variables, en sentido enunciativo, de esas excepciones se encuentran recogidas en el artículo 28º de la Ley N.º 23506”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ STC 2833-2006-PA/TC, FJ 8 *in fine*.

⁴⁷⁹ STC 1042-2002-AA/TC, FJ 2.1.

— *La irreparabilidad de la agresión.*

La irreparabilidad, se presenta cuando los efectos del acto reclamado como infractorio de un derecho fundamental, no pueden ser retrotraídos en el tiempo por imposibilidad material o jurídica. Así, el TC ha sostenido que el supuesto de la inexigibilidad del agotamiento de la vía previa en la presentación de la demanda de amparo cuando de por medio puede producirse la irreparabilidad de la agresión sufrida, se sustenta en la:

“obligación jurisdiccional del juez constitucional de determinar la existencia o no de lesión de un derecho constitucional, declarando procedente la demanda y entrando a conocer el fondo del asunto, pese a no haberse cumplido alguno o algunos de los requisitos fundamentales de procedibilidad. Ello requiere de un análisis del caso concreto”⁴⁸⁰.

Es importante señalar también que esta excepción no sólo debe ser entendida de forma restrictiva, pues no resulta aplicable de modo exclusivo frente al procedimiento administrativo; por el contrario, es extensiva en el ámbito privado, pues:

“cuando la vía previa regulada por el ente privado resultaba irrazonable por el perjuicio que su tránsito implicaba, resultaba de aplicación la causal de irreparabilidad dispuesta por el inciso b) del artículo 28º para eximir de su cumplimiento al demandante”⁴⁸¹.

Con relación a la irreparabilidad como excepción al agotamiento de la vía previa, el TC ha expresado, en términos concluyentes que:

“La irreparabilidad de la agresión supondría que los efectos del acto reclamado como infractorio de un derecho fundamental no pudieran ser retrotraídos en el tiempo, ya sea por imposibilidad jurídica o material, de forma que la judicatura no pudiese tomar una medida para poder restablecer el derecho constitucional demandado como supuestamente vulnerado. La reparación económica al agraviado por el acto lesivo sería un mecanismo satisfactorio; sin embargo, cabe señalar que la irreparabilidad no se refiere a este hecho, sino que este no podrá ejercer su derecho fundamental en una determinada situación. De esta forma, este supuesto de excepción de agotamiento de las vías previas para la interposición de la demanda de amparo busca la subsistencia de la obligación jurisdiccional del juez constitucional de determinar la existencia o no de lesión de un derecho constitucional, declarando procedente la demanda y entrando a conocer el fondo del asunto, pese a no haberse cumplido con unos de los requisitos fundamentales de procedibilidad. Ello requiere de un análisis del caso concreto”⁴⁸².

⁴⁸⁰ STC 00091-2005-AA/TC, FJ 5 párrafo tercero.

⁴⁸¹ STC 0067-1993-AA/TC, considerando primero *in fine*. Para mayor ilustración del supuesto, revisar STC 00101-2002-AA/TC, 0606-1997-AA/TC, FJ 1. STC 222-1993-AA/TC, STC 277-1997-AA/TC, FJ 1, STC 882-1998-AA/TC, FJ 4, STC 0338-1997-AA/TC, FJ 2, STC 219-2000-AA/TC, FJ 2, STC 3666-2008-PA/TC, FJ 4, STC 0031-1992-AA/TC, FJ 2. Para el caso de tributos, revisar lo siguiente STC 3969-2007-AA/TC, FJ 2 *in fine*, STC 8802-2006-AA/TC, FJ 2.2. *in fine*. STC 8930-2006-PA/TC, FJ 2.2. STC 3797-2006-AA/TC, FJ 2.2.b), STC 2337-2007-PA/TC, 2.2., STC 10668-2006-PA/TC, FJ 2.2.c), STC 10717-2006-PA/TC, 2.2., STC 09203-2006-PA/TC, 2.2.b), STC 5812-2007-AA/TC, FJ 2.2. En el caso de particulares, revisar STC 1163-2007-PA/TC, FJ 2, STC 0644-2006-AA/TC, FJ 2, entre otras.

⁴⁸² STC 2939-2004-AA/TC, FJ 11

— *El agotamiento de la vía previa en el caso de amparo contra normas autoaplicativas.*

Un caso particular es el relacionado a las normas legales de carácter autoaplicativo. En este punto, el TC ha sostenido que:

“no resultaría exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo”⁴⁸³.

Ahondando más sobre lo mismo, el TC ha expresado que:

“en supuestos donde el acto lesivo proviene directamente de una *norma* o se basa o es *aplicatoria de una norma* no es exigible el agotamiento de la vía previa. En estos casos, el origen del acto lesivo se halla en la norma, y la norma no constituye un acto administrativo, sino un acto emanado de una potestad normativa. Por definición, no hay vía previa frente a normas. La vía previa ha sido configurada con el objeto de examinar actos administrativos que, en cuanto tales, son manifestación de *potestades administrativas*, pero no cuando el acto lesivo proviene de una norma que, como tal, es manifestación de una *potestad normativa*. En consecuencia, dado que en el presente caso el acto lesivo proviene del ejercicio de una potestad normativa, mas no de una potestad administrativa, no es aplicable la exigencia del agotamiento de la vía previa establecida por el artículo 45º del Código Procesal Constitucional (STC 06730-2006-PA/TC, fundamentos 3)”⁴⁸⁴.

No obstante la postura de que tratándose normas autoaplicativas no es necesario el agotamiento de la vía previa, el TC ha prescrito una excepción en el caso de ordenanzas municipales. Veamos cómo ha sustentado esta posición el TC:

“El objeto de la demanda es que se declaren inaplicables a los recurrentes las Ordenanzas N.os 003-MDA, 044-MDA y 016-MDA, que regulan los arbitrios de limpieza pública, parques y jardines públicos y serenazgo, por considerar que transgreden la Ley N.º 26725, que precisa que el aumento anual de los arbitrios no debe ser superior al Índice de Precios al Consumidor (IPC) establecido por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

Sin ingresar a evaluar el fondo de la controversia, el Tribunal Constitucional considera que debe desestimarse la pretensión, por las siguientes razones:

- a) En relación con las Ordenanzas N.os 003-MDA, 044-MDA y 016-MDA, este Tribunal considera que los demandantes no han agotado la vía administrativa tributaria, tal como lo exige el artículo 27º de la Ley N.º 23506. A fin de justificar tal omisión, han alegado que el Tribunal Fiscal no estaría facultado para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de las normas con rango de ley (f. 204).

⁴⁸³ STC 2302-2003-PA/TC, FJ 7 *in fine*.

⁴⁸⁴ STC 2724-2007-PA/TC, FJ 3. Dicha postura se reitera en la STC 6730-2006-PA/TC, FJ 3;

- b) En el caso de autos, este Tribunal no considera que, respecto a la impugnación de ilegalidad e inconstitucionalidad de una ordenanza municipal, el tránsito de esa vía administrativa tributaria sea, o devenga, inútil o ineficaz. Sobre el particular, es menester recordar que si en diversa jurisprudencia se ha sostenido que no es preciso agotar la vía administrativa tributaria cuando se impugna un acto practicado al amparo de una ley tributaria incompatible con la Constitución, tal aseveración se ha efectuado a propósito de una fuente legislativa de origen parlamentario, pero no de una de origen distinto, como lo es la ordenanza municipal, pues si bien esta última tiene rango de ley, cuando versa sobre materia tributaria municipal no tiene la condición de una fuente primaria, ya que no se encuentra sometida directamente a la Constitución; antes bien, tiene en el Decreto Legislativo N.º 776 a una norma que regula el proceso de su producción jurídica, de manera que los tribunales administrativos, como el Tribunal Fiscal, tienen la competencia para evaluar su validez, esto es, que se haya elaborado de acuerdo con los límites formales, materiales y competenciales que el citado Decreto Legislativo prevé⁴⁸⁵.

— *La falta de regulación de las vías previas.*

Regulada en el artículo 46 inciso 3 del Código Procesal Constitucional, esta excepción exime al accionante de agotar la vía previa cuando ésta “no se encuentra regulada”, esto quiere decir que si se perpetra algún acto lesivo, su resarcimiento no requiere *prima facie* transitar a través de algún procedimiento administrativo o un trámite corporativo privado, y ello en razón a una lógica simple: no hay nada que transitar porque no se encuentra previsto o no se encuentra regulado. Por lo general, este supuesto se da en caso de conflicto entre particulares; pues si el caso se da entre un particular contra alguna entidad del Estado, es de rigor presumirse –aunque no en términos axiomáticos, por cierto– que debe agotarse la vía previa en la medida en que ella se encuentre normada.

Desde la jurisprudencia, se advierte casos puntuales de falta de regulación de la vía previa exigible, como por ejemplo: a) expulsión de asociado de un sindicato⁴⁸⁶, b) despido arbitrario de trabajador sujeto al régimen laboral público sin emisión de acto administrativo alguno⁴⁸⁷, c) omisión en la ejecución de actos destinados a otorgar documentos⁴⁸⁸, d) prohibición de cuestionamiento de resultados de exámenes⁴⁸⁹, e) actos de cumplimiento obligatorio⁴⁹⁰, f) ejecución de mandato judicial de embargo, g) contra actos de particulares⁴⁹¹, entre otros.

— *La demora en la resolución en el plazo fijado.*

Excepción relacionada con el derecho al plazo razonable –el cual se constituye como una garantía aplicable a todo tipo de procedimiento–, tiene por finalidad asegurar que en todo tipo de procedimiento o proceso se observe los plazos que establece la ley para su resolución, a fin de no convertir en interminable el trámite de las solicitudes realizadas por los afectados de alguna

⁴⁸⁵ STC 1852-2002-AA/TC, F 1.

⁴⁸⁶ STC 10017-2005-AA/TC, FJ 1.

⁴⁸⁷ STC 3109-2004-AA/TC, FJ 1.

⁴⁸⁸ STC 1290-1999-AA/TC, FJ 1 (carné de Colegio Químico Farmacéutico del Perú) STC 0484-1998-AA/TC (otorgamiento de licencia).

⁴⁸⁹ STC 0988-1996-AA/TC, FJ 3 *in fine*. STC 0338-1996-AA/TC, Considerando tercero.

⁴⁹⁰ STC 0360-1997-AA/TC, FJ 1.

⁴⁹¹ STC 1532-2004-AA/TC, FJ 2.

decisión administrativa o judicial. Frente a dicho supuesto se presentaba algunas aristas por resolver, específicamente relacionadas al plazo prescriptorio para la promoción del amparo, pues se advertía que la lesión se presentaba por la mora de la administración en la resolución del pedido, siendo que el administrado afectado, se veía obligado a acreditar judicialmente, por un lado, el requisito de procedencia a través de un acto inexistente por falta de respuesta y, por otro lado, justificar las razones de por qué en su caso se presentaría una excepción al cómputo del plazo de prescripción, siendo que el mismo era considerado computable a partir de la presentación del pedido o recurso administrativo no resuelto; situaciones que resultaban irrazonables, en perjuicio del derecho del administrado y en favor de la administración negligente. Así, el Tribunal Constitucional entendió que ambas exigencias restringían el derecho de acceso a la jurisdicción:

“porque ocasiona caducidad en el ejercicio del derecho de acción. Este derecho fundamental puede verse lesionado si, para acceder a la tutela jurisdiccional, la ley impone exigencias excesiva o irrazonablemente formalistas o, como en el presente caso, se interpreta las existentes u otras relacionadas, en un sentido de apreciación desvariado o desmesuradamente formal, ocasionándose en cualquiera de tales supuestos la imposibilidad del ejercicio de ese derecho fundamental. Considerando que el agotamiento de la vía previa constituye un presupuesto procesal de cuya satisfacción depende el acceso a la tutela jurisdiccional, las normas que la regulan y, en particular, como concierne al caso, las que regulan el sistema recursivo, deben interpretarse de conformidad con el principio *pro actione*. Es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito”⁴⁹².

Así, se estableció una interpretación permisiva de la finalidad del silencio administrativo negativo favorable al administrado quien:

“luego de haber impugnado un acto administrado y transcurrido el plazo para resolverlo, puede acogerse al silencio administrativo o esperar el pronunciamiento expreso de la Administración, sin que la opción por esta última alternativa genere la caducidad en el ejercicio del derecho de acción”⁴⁹³.

Dicha interpretación establecida a la luz de la Ley N.º 23506⁴⁹⁴, ha sido respalda por la actual jurisprudencia⁴⁹⁵.

— *Sustracción de la materia o cese o irreparabilidad del acto lesivo.*

Según el artículo 5, inciso 5 del C.P.Const., no proceden los procesos constitucionales cuando “a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”. En relación a la irreparabilidad, debe advertirse que ella es causal de improcedencia cuando se verifica “a la presentación de la demanda”, no así cuando ocurre luego de presentada ésta, caso este último en el cual será de aplicación el artículo 1 del Código. Veamos cuál ha sido la interpretación del Tribunal sobre este asunto.

⁴⁹² STC 1003-1998-AA/TC, FJ 3 c)

⁴⁹³ STC 1003-1998-AA/TC, FJ 3 d) *in fine*.

⁴⁹⁴ Al respecto revisar STC 2659-2003-AA/TC, FJ 2, STC 1443-2001-AA/TC, FJ 1, STC 0813-2003-AA/TC, FJ 2 d), entre otras.

⁴⁹⁵ Al respecto revisar STC 2306-2004-AA/TC, FJ 2 segundo párrafo, STC 01972-2007-AA/TC, FJ 3, STC 10073-2006-AA/TC, FJ 1, STC 4077-2004-PA/TC, FJ 2, STC 02939-2005-PA/TC, FJ 3, entre otras.

“Se entiende por cese del acto lesivo aquella situación por medio de la cual la acción u omisión que origina una amenaza o violación de un derecho fundamental deja de producirse por parte de quien la estaba llevando a cabo. De otro lado, se entiende por irreparabilidad aquella situación fáctica en la cual no se puede reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de un derecho fundamental”⁴⁹⁶.

— *Cese del acto lesivo por una orden judicial.*

“[...] el cese del acto cuestionado no determina la sustracción de la materia, toda vez que dicho cese no fue realizado por decisión de los emplazados, sino por decisión del órgano jurisdiccional que conoció el hábeas corpus en primera instancia. Por ello este Colegiado estima que a pesar de haber cesado el acto cuestionado en el presente proceso constitucional, es competente para pronunciarse sobre el fondo de la controversia”⁴⁹⁷.

— *Irreparabilidad total y parcial.*

“[...] la irreparabilidad en la lesión de un derecho constitucional, para que se constituya plenamente como una causal de improcedencia del amparo, debe ser total, y no sólo parcial. Un acto es totalmente irreparable cuando de ninguna manera se puede restablecer el ejercicio de un derecho constitucional. En cambio, es parcial, en lo que al caso importa precisar, cuando el restablecimiento sólo lo puede ser de modo fragmentario”⁴⁹⁸.

— *Irreparabilidad en casos de materia electoral.*

“En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC –artículos 178º, 182º y 183º de la Constitución–), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176º de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1º del CPConst”⁴⁹⁹.

— *Amparo innovativo.*

“De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Colegiado considera pertinente mencionar un acontecimiento de suma importancia acaecido en el

⁴⁹⁶ STC 04878-2008-PA/TC, FJ. 12.

⁴⁹⁷ STC 01950-2007-PHC/TC, FJ. 2.

⁴⁹⁸ STC 0683-2004-AA/TC, FJ. 3.

⁴⁹⁹ STC 05854-2005-PA/TC, FJ. 39.

desarrollo del proceso. En efecto, se verifica que con fecha posterior a la interposición de la demanda, esto es, el 1 de noviembre del 2006, se ha producido el deceso de la recurrente, según consta del Acta de Defunción obrante a fojas 56 y reiterada a fojas 65 del expediente principal.

En tal contexto, que pone de manifiesto una indiscutible situación de sustracción de materia por la obvia irreparabilidad de los derechos reclamados (esto es, la imposibilidad de ordenar que las cosas retornen al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales alegados por la recurrente), aparentemente carecería de sentido emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Sin embargo, es preciso reiterar que el proceso de amparo no solo cumple una función *strictu sensu* restitutoria, sino que, excepcionalmente y de conformidad con los artículos 1º, segundo párrafo, y 8º del Código Procesal Constitucional, también cumple finalidades preventivas e incluso finalidades cuasi sancionatorias. En efecto, es preventiva la función del amparo (y en general, de cualquier otro proceso de tutela de derechos), cuando se busca evitar que conductas comprobadamente atentatorias contra los derechos fundamentales vuelvan a reiterarse en el futuro. Es cuasi sancionatoria la finalidad del proceso cuando, de modo paralelo a la determinación de la conducta inconstitucional, se presumen indicios de responsabilidad penal que legitiman que, después de concluida la participación del juez constitucional, los actuados sean remitidos a la vía penal a fin de determinar las responsabilidades que en dicho extremo, pudieran existir.

En ese orden de ideas, este Colegiado estima que por la forma como se han desarrollado los hechos de los que aquí se conoce y por el comportamiento asumido tanto por la entidad emplazada como por las autoridades judiciales que conocieron del presente proceso, en cuyo decurso se aprecia un trámite irrazonablemente dilatado, es perfectamente posible emitir un pronunciamiento sobre el fondo del controversia, a fin de dar cumplimiento a las finalidades del proceso anteriormente señaladas⁵⁰⁰.

— *Cuestionamiento de resoluciones judiciales firmes recaídas en otros procesos constitucionales: “Amparo contra hábeas corpus”.*

Otra causal de improcedencia es la prescrita en el artículo 5, inciso 6, del C.P.Const, que señala que no proceden los procesos constitucionales cuando “se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional [...]”. Como se sabe, esta causal de improcedencia ha sido objeto de amplia interpretación por parte del Tribunal Constitucional. En efecto, dicho Colegiado ha establecido que una excepción a esta regla lo constituye el: “amparo contra amparo”, figura que ya se ha examinado *in extenso* en un acápite anterior. Sin embargo, otra variante introducida por el Tribunal es la del “amparo contra hábeas corpus”, respecto de la cual ha sostenido lo siguiente:

“Siendo clara la interpretación de esta disposición del CPConst. en el sentido que un proceso constitucional puede ser controlado por otro proceso constitucional cuando se evidencie la vulneración de derechos fundamentales, cabe verificar seguidamente si en el caso del amparo contra hábeas corpus rigen los mismos criterios de procedibilidad que en el caso del amparo contra amparo.

⁵⁰⁰ STC 2034-2009-PA/TC, FF.JJ. 2-5.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, teniendo en consideración: i) el relevante rol del legislador en el Estado democrático y social de Derecho, específicamente en el desarrollo de los derechos fundamentales y en el desarrollo y mejor precisión de las competencias de los poderes del Estado u órganos constitucionales; ii) el principio de división de poderes, conforme al cual se exige que tanto el poder jurisdiccional como el poder legislativo deben respetar estrictamente su respectivo ámbito de competencias, entre otros contenidos; iii) el criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución (que exige identificar contenidos de la ley que resulten compatibles con la Norma Fundamental) y su efecto reflejo, el criterio de interpretación de la Constitución conforme a ley (que exige al juez constitucional que en la interpretación de los preceptos constitucionales se deba tomar en cuenta, en la medida de lo posible, aquella interpretación de la Constitución formulada por el legislador democrático al expedir las respectivas leyes); y iv) principalmente el rol del proceso de habeas corpus en la protección urgente de la libertad personal y derechos conexos a ésta; estima que en el caso del amparo contra habeas corpus debe optarse por la alternativa B), según la cual sólo procede tal control en supuestos específicos y excepcionales, que en ninguna medida pueden equipararse a aquellos del amparo contra amparo.

En efecto, si un proceso de hábeas corpus sirve como garantía jurisdiccional para proteger bienes tan preciados como la libertad personal y los derechos conexos a ésta, entonces deben establecerse reglas mínimas y excepcionales para su control mediante el amparo. En primer lugar, es necesario dejar claramente establecido que la interposición del proceso de amparo, que discute o pone en tela de juicio lo resuelto en un hábeas corpus, no puede significar la suspensión de la ejecución de lo decidido en éste. No puede admitirse, bajo ningún punto de vista, que un proceso constitucional sea interpuesto o sirva para dilatar la reposición en la satisfacción de un bien tal esencial como la libertad personal. Por ello, cuando el juez constitucional aprecie que la decisión tomada en el hábeas corpus aún no ha sido cumplida y, en cambio, se está interponiendo un amparo contra ella, deberá declarar improcedente de modo liminar la demanda de amparo.

De este modo, habiéndose establecido que los criterios del amparo contra hábeas corpus no pueden ser los mismos que del amparo contra amparo, conviene exponer las razones que justifican tal reducción de criterios: en primer lugar, un amparo contra hábeas corpus debe proceder sólo cuando se trate del cuestionamiento de sentencias estimatorias, pues las decisiones desestimatorias pueden ser controladas dentro del mismo proceso de hábeas corpus mediante el recurso de agravio constitucional. En segundo lugar, no se puede habilitar el proceso de amparo contra hábeas corpus para la defensa de los derechos de terceros que no han participado en el hábeas corpus y cuyo resultado precisamente afecta en alguna medida sus intereses, pues en este caso debe quedar habilitada la vía jurisdiccional ordinaria para que allí se pueda verificar el respectivo grado de afectación. Dentro de tales terceros no podrán ser consideradas aquellas personas que hubieran sido encontradas responsables de la violación de un derecho fundamental y que no hayan sido llamadas al proceso –o a sus representantes– para ejercer su derecho de defensa, caso en el cual se configuraría la causal de “manifiesta vulneración de un dere-

cho fundamental”, que sí podrá ser controlada mediante el amparo contra habeas corpus. En tercer lugar, no resultará procedente el hábeas corpus contra amparo cuando el recurrente por razones extraordinarias no pudo acceder al agravio constitucional, pues en tal caso quedan habilitadas las vías jurisdiccionales ordinarias que se estimen pertinentes, pero otro proceso constitucional no resultará procedente. En cuarto lugar, resulta evidente que el amparo contra hábeas corpus sólo procederá por una única oportunidad.

En consecuencia, en atención a lo antes expuesto y a lo establecido en tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8º y 25.1), nuestra Constitución (artículos 200.1, 201º, 2.24, 2.1, 2.9, 2.11, entre otros), la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 1), así como el Código Procesal Constitucional (artículos III, 1 y 5.6), este Colegiado estima que el amparo contra hábeas corpus sólo procederá en los siguientes supuestos: a) su procedencia se condiciona a aquellas resoluciones estimatorias en que la vulneración de derechos fundamentales resulte manifiesta y plenamente acreditada; b) procede en defensa de la doctrina vinculante y precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; y c) no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional”⁵⁰¹.

— *Nuevas variantes de amparo contra resoluciones judiciales: provenientes de otros procesos constitucionales*

— *Amparo contra hábeas data*

Presupuesto procesal específico del amparo contra hábeas data

“Que de acuerdo con lo señalado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 04853-2004-AA/TC y bajo el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional así como de su posterior desarrollo jurisprudencial, el proceso de amparo contra amparo así como sus demás variantes (amparo contra hábeas data, amparo contra cumplimiento, etc.) es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional cuya procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos o criterios. De acuerdo con estos últimos: a) solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta. Tratándose incluso de contraamparos en materia laboral dicha procedencia supone el cumplimiento previo o efectivo de la sentencia emitida en el primer proceso de amparo (Cfr. STC N.º 04650-2007-PA/TC, fundamento 5); b) su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad, siempre que las partes procesales del primer y segundo amparo sean las mismas; c) resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales desestimatorias como contra las estimatorias, sin perjuicio del recurso de agravio especial habilitado específicamente contra sentencias estimatorias recaídas en procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, en los que se haya producido vulneración del orden constitucional y en particular del artículo 8º de la Constitución (Cfr. Sentencias emitidas en los Exp. N.º 02663-2009-PHC/TC, fun-

⁵⁰¹ STC 1761-2008-PA/TC, FF.JJ. 26-30.

damento 9 y N.º 02748-2010-PHC/TC, fundamento 15); d) su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de los mismos; e) procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; f) se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, no pudo acceder al agravio constitucional; g) resulta pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional (Sentencia recaída en el Expediente N.º 03908-2007-PA/TC, fundamento 8); h) no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional; i) procede incluso cuando el proceso se torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, como la de impugnación de sentencia (Cfr. RTC N.º 02205-2010-PA/TC, fundamento 6; RTC N.º 04531-2009-PA/TC, fundamento 4, entre otras); o la de ejecución de sentencia (Cfr. STC N.º 04063-2007-PA/TC, fundamento 3; STC N.º 01797-2010-PA/TC, fundamento 3; RTC N.º 03122-2010-PA/TC, fundamento 4; RTC N.º 02668-2010-PA/TC, fundamento 4, entre otras)”⁵⁰².

— *Amparo contra proceso de cumplimiento*

“Que de acuerdo con lo señalado en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 4853-2004-AA/TC y bajo el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional así como de su posterior desarrollo jurisprudencial, el proceso de amparo contra amparo así como sus demás variantes (amparo contra habeas corpus, amparo contra hábeas data, etc.) es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional cuya procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos o criterios. De acuerdo con estos últimos: a) solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta. Tratándose incluso de contraamparos en materia laboral, dicha procedencia supone el cumplimiento previo o efectivo de la sentencia emitida en el primer proceso amparo (Cfr. STC N.º 04650-2007-PA/TC, fundamento 5); b) su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad, siempre que las partes procesales del primer y segundo amparo sean las mismas; c) resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales desestimatorias como contra las estimatorias, sin perjuicio del recurso de agravio especial habilitado específicamente contra sentencias estimatorias recaídas en procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, en los que se haya producido vulneración del orden constitucional y en particular del artículo 8º de la Constitución (Cfr. sentencias emitidas en los Exp. N.º 02663-2009-PHC/TC, fundamento 9 y N.º 02748-2010-PHC/TC, fundamento 15); d) su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de los mismos; e) procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; f) se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, no pudo acceder al agravio constitucional; g) resulta pertinente como mecanismo de defensa

⁵⁰² STC 04525-2011-PA, FJ 4. En el mismo sentido, RTC 0073-2012-PA, FJ 3, sobre amparo contra hábeas data en vía de ejecución; y STC N.º 01312-2012-PA/TC, FJ. 3 y 4, sobre improcedencia del amparo contra hábeas data por falta de firmeza de la resolución cuestionada.

de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional (sentencia recaída en el Expediente N.º 03908-2007-PA/TC, fundamento 8); h) no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional.

Que aun cuando las citadas reglas del ‘amparo contra cumplimiento’ han sido configuradas en la lógica de que lo que se cuestiona en sede constitucional es una sentencia emitida en un anterior proceso constitucional, nada impide invocarlas cuando, como ocurre en el caso de autos, el proceso se tornase inconstitucional en cualquiera de sus otras fases, etapas, incidentes o cuadernos, inclusive el cautelar, toda vez que en este último caso el pronunciamiento que es emitido se encuentra vinculado al trámite mismo del proceso principal de ‘amparo contra cumplimiento’, en atención al principio de accesoriedad de las medidas cautelares.

§2. La firmeza como presupuesto procesal general del “amparo contra cumplimiento” (sub especie del amparo contra resolución judicial)

Que, conforme lo establece el artículo 4º del Código Procesal Constitucional, procede el amparo contra resoluciones judiciales firmes que agraven en forma manifiesta la tutela procesal efectiva. Al respecto, este Colegiado ha establecido que una resolución adquiere el carácter de firme cuando se ha agotado todos los recursos que prevé la ley para impugnarla dentro del proceso ordinario, siempre que dichos recursos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada (Cfr. STC N.º 2494-2005-AA/TC, fundamento 16). En el mismo sentido, también ha dicho que por ‘(...) resolución judicial firme, debe entenderse a aquella contra la que se ha agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia’ (Cfr. STC N.º 4107-2004-HC/TC, fundamento 5).

Que este Colegiado estima que la presente demanda ha sido planteada de manera negligente (prematura), pues de ella y de sus recaudos se advierte que, al momento de ser interpuesta (1 de abril de 2011), la resolución judicial cuestionada que, por la vía de una medida cautelar, ordenó la reincorporación de trabajadores cesados irregularmente, no contaba con el presupuesto de firmeza requerido por el Código Procesal Constitucional. Y es que la misma recurrente manifiesta en el fundamento 2.1 de su demanda (fojas 39 cuaderno único) que “(...) no estando de acuerdo con la medida otorgada se apeló de ésta con fecha 29 de diciembre de 2010, en la que se expuso claramente que al momento de emitirse la sentencia, con la que se sustenta la medida cautelar, no se tuvo en cuenta la Ley N.º 27803 (...)”; comprobándose de este modo que la resolución judicial cuestionada no es firme, pues a la fecha de interposición de la demanda de autos no había recaído aún pronunciamiento absolviendo el grado de la medida cautelar. Por lo expuesto, la demanda debe ser declarada improcedente, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional”⁵⁰³.

— *Amparo contra acción popular*

“Que conforme a lo establecido en el artículo 44º del Código Procesal Constitucional, ‘tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido (...)’.

⁵⁰³ STC 04813-2011-PA, FJ 3 al 6. Ver también, al respecto, las SSTC 01873-2011-PA, 06837-2008-PA, 05296-2007-PA y 04836-2008-PA.

Que sin entrar al fondo del asunto, este Colegiado considera que la demanda de “amparo contra acción popular” debe ser desestimada, ya que ha sido interpuesta fuera del plazo contemplado en el dispositivo legal acotado. En efecto, conforme se aprecia a fojas 24, al recurrente le ha sido notificada la resolución suprema desestimatoria de su demanda de acción popular con fecha 30 de enero de 2009, en tanto que la demanda de “amparo contra acción popular” fue promovida en fecha 22 de enero de 2010, es decir, de manera notoriamente extemporánea.

Que en consecuencia, al haber transcurrido en exceso el plazo prescriptivo establecido por ley, la demanda incoada resulta improcedente conforme lo establece el inciso 10) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional. Y es que este Colegiado ya ha precisado que ‘(...) se inicia el plazo para interponer el amparo con la notificación al demandante en amparo de la resolución firme que lesiona algún derecho constitucional, y concluye dicho plazo treinta días después de notificada la resolución que ordena el cumplimiento de la decisión que se encuentra firme. Es pertinente, sin embargo, anotar que existen resoluciones firmes que por su naturaleza no requieren de una resolución que ordene su cumplimiento. En estos casos, el plazo regulado en el artículo 44º del Código mencionado se computa desde el día siguiente de notificada tal resolución’ (Cfr. Exp. N° 00538-2010-PA/TC, fundamento 6) (subrayado agregado)”⁵⁰⁴.

“Si bien el proceso constitucional de acción popular es uno donde se cuestiona en abstracto la constitucionalidad o no de una norma infralegal que atenta contra preceptos constitucionales o legales, y *prima facie*, no persigue intereses subjetivos, sino la defensa de la jerarquía normativa de la Constitución y las leyes; aun al margen de dicho carácter fundamentalmente objetivo, también se puede afirmar que este proceso tiene una dimensión subjetiva, en la medida en que son fines esenciales de todo proceso constitucional garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) (Cfr. Exp. N.º 02335-2009-PA/TC, fundamento 5). Conforme a lo expuesto, se trata de un auténtico proceso constitucional que, en coincidencia con los demás procesos constitucionales de la libertad, tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales de las personas.

(...)

En el caso que aquí se analizar se reclama la vulneración del derecho constitucional del recurrente, que se habría producido durante la secuela o tramitación de un anterior proceso de acción popular seguido ante el Poder Judicial, y en el que finalmente se ha culminado expidiendo una sentencia de carácter desestimatorio que se juzga ilegítima e inconstitucional por devenir de un proceso irregular. Desde tal perspectiva, queda claro que, *prima facie*, el reclamo en la forma planteada se encuentra dentro de los primeros párrafos de los supuestos a) y c), y en el supuesto d) reconocido por el Tribunal Constitucional para la procedencia del consabido régimen especial”⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ RTC 03907-2011-PA, FJ 3 al 5. En igual sentido, RTC 01286-2011-PA, FJ 3 al 6; y 02643-2010-PC.

⁵⁰⁵ Voto singular del magistrado Gerardo Eto Cruz, recaído en el Exp. N.º 04141-2010-PA/TC, fundamentos 3 y 5.

“Proceso de acción popular y calificación jurídica de la norma impugnada (D.S. N.º 080-2006-EF)”

El recurrente aduce que en el proceso judicial subyacente (proceso de acción popular) una vez admitida su demanda, ésta fue declarado improcedente en primera y segunda instancia por los órganos judiciales sustentándose en un asunto eminentemente formal, consistente en el hecho de que el D.S. N.º 080-2006-EF –norma impugnada– no es de alcance general, sino que, por el contrario, es de alcance particular (...)

Atendiendo al pronunciamiento antes descrito, considero que cabe emitir pronunciamiento sobre la calificación jurídica realizada por los órganos judiciales respecto al carácter *particular* de la norma impugnada (D.S. N.º 080-2006-EF) calificación que precisamente da mérito para desestimar por la forma la demanda de acción popular (...)

Según el artículo 76º del Código Procesal Constitucional ‘la demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso’. Si bien es cierto que la interpretación de los presupuestos y requisitos procesales es competencia de la jurisdicción ordinaria, no es menos cierto también que los supuestos de acceso a la jurisdicción comporta la elección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo planteado en la demanda, tal como ya lo hemos señalado *supra*. En el caso de autos, se tiene que los órganos judiciales, al desestimar la demanda de acción popular por un asunto de forma, eligieron la interpretación más gravosa y perjudicial para la resolución del problema de fondo planteado en la demanda. Y es que del dispositivo legal antes glosado – que marca la pauta para la procedencia de la demanda de acción popular– no es posible inferir con meridiana claridad o exactitud si el requisito referido al *carácter general* de la norma impugnada resulta pregonable solo de las *resoluciones*, o solo de las *normas administrativas*, o solo de los reglamentos, o si no a *todas las normas juntas*. De dicho dispositivo no es posible inferir una u otra interpretación sobre el particular. Por ello, considero que resulta evidentemente desproporcionado y manifiestamente arbitrario que los órganos judiciales hayan argumentado e interpretado sin más la ausencia del carácter general de la norma impugnada (D.S. N.º 080-2006-EF) al regular ésta una situación particular, cuando precisamente el legislador no ha definido con exactitud qué alcance –particular o general– deben tener los decretos supremos para ser cuestionados por la vía constitucional de la acción popular⁵⁰⁶.

— *Litispendencia*.

El artículo 5, inciso 6 del C.P.Const. señala que no proceden los procesos constitucionales cuando “haya litispendencia”. Esta disposición es lo suficientemente clara como para despertar algún tipo de incertidumbre. Desde ya, debe quedar claro que la litispendencia se origina cuando existe otro proceso que pretende lo mismo que el amparo ya interpuesto, y ambos procesos se encuentran en trámite.

⁵⁰⁶ Voto singular del magistrado Gerardo Eto Cruz, recaído en el Exp. N.º 04141-2010-PA/TC, fundamentos 8 y 10.

El Tribunal Constitucional ha expresado que “la identidad de los procesos que determina dicha causal de improcedencia se produce cuando estos comparten las partes, el petitorio –es decir, aquello que efectivamente se solicita– y el título, esto es, el conjunto de fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el pedido”⁵⁰⁷.

En general, son escasos y de poca relevancia los casos conocidos por el Tribunal Constitucional peruano respecto a la litispendencia como causal de improcedencia⁵⁰⁸. Asimismo, no se ha llegado a emitir algún fallo en que se desarrolle de forma amplia los alcances del artículo 5, inciso 6 del Código, a fin de orientar su correcta aplicación, omisión que debería ser subsanada en un futuro próximo.

— *Diferencia con la vía paralela.*

“El objeto de la causal de improcedencia descrita [la litispendencia] es evitar que se emitan sentencias contradictorias sobre el mismo asunto controvertido y se configura al existir simultaneidad en la tramitación de los procesos constitucionales, vale decir cuando ambos se encuentren en curso. Por su parte el artículo 5, inciso 3 del citado ordenamiento procesal establece la improcedencia de los procesos constitucionales cuando ‘el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional.’ La finalidad de la vía paralela, al igual que en el caso de la litispendencia, es evitar los pronunciamientos contradictorios sobre la misma cuestión y se materializa cuando el proceso judicial ordinario se inicia con anterioridad al proceso constitucional y exista un trámite simultáneo de los procesos”⁵⁰⁹.

— *Control constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y destitución de magistrados.*

El artículo 5, inciso 7 del C.P.Const. indica que no proceden los procesos constitucionales cuando “se cuestionen resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado”. Naturalmente, esta disposición se halla en directa consonancia con el artículo 142 de la Constitución, que señala que “no son revisables en sede judicial las resoluciones del (...) Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”. Ahora bien, como es ampliamente conocido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la citada norma constitucional no puede ser interpretada para convalidar una zona de indefensión violatoria de derechos fundamentales; interpretación que, finalmente, ha sido recogida por el propio C.P.Const., en su artículo 5, inciso 7. Veamos esta postura del TC, previa a la aprobación del Código:

“En resolución recurrida, se ha alegado que el artículo 142.º de la Constitución (según el cual “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”) impide que las resolucio-

⁵⁰⁷ STC 0984-2004-AA/TC, FJ 2.

⁵⁰⁸ Al respecto revisar STC 2427-2004-AA/TC, FJ 2, STC 5379-2005-AA, FJ 3, 04876-2008-AA, FJ 5, 00801-2010-HC, FJ 2 y 3, entre otras.

⁵⁰⁹ STC 00893-PA/TC, FJ. 3.

nes de la demandada puedan ser impugnadas en sede judicial. Sin embargo, al resolver de ese modo, las instancias judiciales ordinarias han obviado que también constituye un atributo subjetivo de naturaleza constitucional el derecho de acceder a un tribunal de justicia competente que ampare a las personas contra todo tipo de actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley, según enuncia, entre otros instrumentos internacionales, el artículo 8.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Sobre el particular este Tribunal ha sostenido (entre otros, en el Caso Deodoro Gonzales Ríos, Exp. N.º 2409-2002-AA/TC) que detrás de ese derecho y, en concreto, del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio.

Como ha destacado la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte (...). En ese sentido, debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta que esté previsto por la Constitución o la ley o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla" (OC/9-87, párrafo 24).

En materia de derechos fundamentales el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que, rara vez, la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación. Requiere, por el contrario, de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos, para, después de ello, realizar una ponderación de bienes.

Por ello, el Tribunal Constitucional no puede aceptar, como una derivación del artículo 142.º de la Constitución, el argumento de que este órgano constitucional no pueda ser objeto de control jurisdiccional, pues ello supondría tener que considerarlo como un ente autárquico y carente de control jurídico en el ejercicio de sus atribuciones.

Como este Tribunal ha recordado (en el Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 014-2002.AI/TC "(...)Los poderes constituidos(...) –y el Consejo Nacional de la Magistratura lo es– deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias(...) a la Constitución" (Fund. Jur. 61). De manera que ni se encuentra desvinculado de la Constitución ni, por ese hecho, carente de adecuados y eficaces mecanismos de control jurídico sobre la forma como ejerce sus atribuciones consti-

tucionales. Y es que si el Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano constitucional más del Estado y, en esa condición, se trata de un poder constituido dotado de competencias –como la ratificación de los jueces y miembros del Ministerio Público– que deben ejercerse dentro del marco de la Constitución y su Ley Orgánica, entonces, no es inadmisibles que se pueda postular que su ejercicio antijurídico no pueda ser objeto de control jurisdiccional.

En consecuencia, la limitación contenida en el artículo 142.º de la Constitución no puede entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de manera inconstitucional, ya que ello supondría tanto como que se proclamase que, en el Estado Constitucional de Derecho, el texto supremo puede ser rebasado o afectado y que, contra ello, no exista control jurídico alguno (Caso Expediente N.º 2409-2002-AA/TC). La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella⁵¹⁰.

No obstante esta avanzada posición del TC, en un primer momento este organismo consideró que las resoluciones del Consejo Nacional de Magistratura, en materia de ratificación de jueces no requerían ser motivadas, dado que se basaban sólo en la confianza. La no motivación no afectaba tampoco el derecho de defensa del magistrado. Veamos pues esta primera posición del TC:

“La decisión de no ratificar a un magistrado en el cargo que venía desempeñando no constituye un sanción disciplinaria; al respecto, es dable consignar que la sanción, por su propia naturaleza, comprenda la afectación de un derecho o interés derivado de la comisión de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico. En cambio, la no ratificación constituye un voto de confianza o de no confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo para el que se le nombró durante los siete años. Dicha expresión de voto es consecuencia de una apreciación personal de conciencia, objetivizada por la suma de votos favorables o desfavorables que emitan los consejeros con reserva.

Mientras que en el caso de la sanción disciplinaria, esta debe sustentarse en las pruebas que incriminan a su autor como responsable de una falta sancionable, impuesta luego de la realización de un procedimiento con todas las garantías; en cambio, en el caso de no ratificación, sólo se sustenta en un conjunto de indicios que, a juicio de los Consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, tornan inconveniente que se renueve la confianza para el ejercicio del cargo. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que la "no ratificación" no obedece a una falta cuya responsabilidad se ha atribuido al magistrado, sino sólo a una muestra de desconfianza de la manera como se ha ejercido la función para la que fue nombrado durante los siete años, no existe la posibilidad de que se afecte el derecho de defensa alegado.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional estima que el derecho de defensa que le asiste a una persona en el marco de un proceso sancionatorio en el que el Estado hace uso de su, *ius puniendi*, ya sea mediante el derecho penal o administrativo sancionador, no es aplicable al acto de no ratificación, ya que éste no

⁵¹⁰ STC 1941-2002-PA/TC, FF.JJ. 2-7.

constituye una sanción ni el proceso de ratificación es, en puridad, un procedimiento administrativo penalizador.

Probablemente, la alegación más trascendente en el orden de las ratificaciones es que, a juicio del recurrente, al no ser éstas motivadas, con ello se generaría una lesión del derecho reconocido en el inciso 5) del artículo 139.º de la Constitución. A juicio del actor, en efecto, la decisión de no ratificarlo, comunicada mediante el Oficio N.º 393-2001-P-CNM, no fue motivada, y ello es razón suficiente para obtener una decisión judicial que la invalide.

Es evidente, a la luz de la historia del derecho constitucional peruano, que las Constituciones de 1920, 1933 y 1979 establecieron, como parte del proceso de ratificación judicial, la obligatoriedad de la motivación de la resolución correspondiente. Sin embargo, no ha sido ésta una exigencia que se haya incorporado al texto de 1993. Por el contrario, de manera indubitable y ex profeso, los legisladores constituyentes de dicha Carta optaron por constitucionalizar la no motivación de las ratificaciones judiciales, al mismo tiempo de diferenciar a esta institución de lo que, en puridad, es la destitución por medidas disciplinarias (cf. Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional-1993, T. III, pág. 1620 y ss.).

Desde una interpretación histórica es evidente que el mecanismo de ratificación judicial ha sido cambiado y, por ende actualmente percibido como un voto de confianza o de no confianza en torno a la manera como se ejerce la función jurisdiccional. Como tal, la decisión que se tome en el ejercicio de dicha competencia no requiere ser motivada. Ello a deferencia, cabe advertir, de la destitución que, por su naturaleza sancionatoria, necesaria e irreversiblemente debe ser explicada en sus particulares circunstancias.

Por cierto, es necesario abundar en que no todo acto administrativo expedido al amparo de una potestad discrecional, siempre y en todos los casos, debe estar motivado. Así sucede, por ejemplo, con la elección o designación de los funcionarios públicos (Defensores del Pueblo, miembros del Tribunal Constitucional, Presidente y Directores del Banco Central de Reserva, Contralor de la República, pase a retiro de Oficiales Generales y Almirantes de las Fuerzas Armadas, y otros) cuya validez, como es obvio, no depende de que sean motivadas. En idéntica situación se encuentran actualmente las ratificaciones judiciales que, como antes se ha afirmado, cuando se introdujo esta institución en la Constitución de 1993, fue prevista como un mecanismo que, únicamente, expresara el voto de confianza de la mayoría o de la totalidad de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura acerca de la manera como se había ejercido la función jurisdiccional.

El establecimiento de un voto de confianza que se materializa a través de una decisión de conciencia por parte de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, sobre la base de determinados criterios que no requieran ser motivados, no es ciertamente una institución que se contraponga al Estado Constitucional de Derecho y los valores que ella persigue promover, pues en el derecho comparado existen instituciones como los jurados, que, pudiendo decidir sobre la libertad, la vida o el patrimonio de las personas, al momento de expresar su decisión, no expresan las razones que las justifican.

De ahí que, para que tal atribución no pudiera ser objeto de decisiones arbitrarias, el legislador orgánico haya previsto aquellos criterios a partir de los cuales los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura deberían llevar a cabo la ratificación judicial. Ese es el sentido del artículo 30.º, primer párrafo, de la Ley N.º 26397, según el cual "A efectos de la ratificación de Jueces y Fiscales a que se refiere el inciso b) del artículo 21.º de la presente Ley, el Consejo Nacional de la Magistratura evalúa la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo, considerando la producción jurisdiccional, méritos, informes de los Colegios y Asociaciones del Abogados, antecedentes que han acumulado sobre su conducta, debiendo conceder una entrevista en cada caso", o las previstas en el propio Reglamento de Evaluación y Ratificación (Resolución N.º 043-2000-CNM y la N.º 241-2002-CNM, que se aplicaron al recurrente).

Pese a que las decisiones de no ratificación y de ratificación no están sujetas a motivación no están sujetas a motivación, en modo alguno ello implica que los elementos sobre la base de los cuales se expidió la decisión de conciencia (como los documentos contenidos en los respectivos expedientes administrativos), no puedan ser conocidos por los interesados o, acaso, que su acceso pueda serles negado. Al respecto es preciso mencionar que el inciso 5) del artículo 2.º de la Constitución reconoce el derecho de toda persona de "solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido (...)" Ni la Constitución ni la Ley que desarrolla dicho derecho constitucional (Ley N.º 27806, modificada por la Ley N.º 27927) excluyen al Consejo Nacional de la Magistratura de la obligación de proporcionar, sin mayores restricciones que las establecidas por la propia Constitución, los documentos que los propios evaluados puedan solicitar.

Por consiguiente, el Tribunal recuerda la existencia de este derecho para todos los magistrados sujetos al proceso de ratificación, y subraya el ineludible deber de entregar toda la información disponible sobre la materia, por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, dentro de los parámetros señalados por la Constitución y las leyes. El incumplimiento de dicha obligación acarrea la violación de derecho fundamental; por tanto, es punible administrativa, judicial y políticamente"⁵¹¹.

Esta postura del TC, sin embargo, fue superada con el tiempo y en el caso *Álvarez Guillén* estableció la obligación del CNM de motivar las decisiones en torno a la ratificación de magistrados. Veamos:

"La motivación es una exigencia que si bien es parte de las resoluciones judiciales, debe ser observada en todo tipo de procedimiento, a la luz del artículo 139.º, inciso 5) de la Constitución, como una 'motivación escrita', pues, como lo prescribe el artículo 12º de la Ley Orgánica del PJ, todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, es decir, han de incluir expresión de los fundamentos en que se sustentan.

En ese sentido, toda resolución debe ser congruente a fin de calibrar en ella la debida correlación entre los hechos presentados y la base normativa (debe ceñirse

⁵¹¹ STC 1941-2002-PA/TC, FF.JJ. 13-20.

al in dubio pro reo, es decir, la interpretación de las normas debe ser a favor del procesado), que sustentan la decisión final y lo que ésta determina. Y es justamente la motivación la que permitirá medir la congruencia en medida adoptada, por constituir un medio eficaz de control sobre la actividad del juzgador que permite la verificación pública de su convencimiento último.

La motivación servirá básicamente por dos razones: para la eficacia del control jurisdiccional ex post y para lograr el convencimiento del juez respecto a la corrección y justicia de la decisión del CNM sobre sus derechos como ciudadano. Por tanto, la resolución congruente, sustentada en la motivación, descubre su pedestal en su articulación con el criterio de razonabilidad, a fin de regular adecuadamente el “margen de apreciación” que tiene el consejero para resolver de manera final, pese a la sensatez y la flexibilidad que se le ha impuesto en el ejercicio de sus funciones.

Dando un importante paso normativo, el propio CPC ha precisado con claridad que la motivación es parte esencial de las resoluciones del CNM, lo cual ha causado, según se ha venido señalando, la existencia de un cambio jurisprudencial sobre la materia. Sobre esta base, es imprescindible ingresar a una nueva lógica de intervención del Tribunal Constitucional sobre la materia, de acuerdo al artículo 5.º, inciso 7), del CPC, el cual establece que cuando las resoluciones del CNM no han sido motivadas o dictadas sin previa audiencia al interesado, sí proceden los procesos constitucionales cuestionando las resoluciones en principio definitivas.

Por eso es importante que la Defensoría del Pueblo haya señalado que la falta de motivación de la ratificación

(...) vulnera los principios de dignidad de la persona, de interdicción de la arbitrariedad y de publicidad, que sustentan el ordenamiento jurídico peruano, y de la misma manera, afectan los derechos respectivos de los magistrados y magistradas no ratificados, así como su derecho a un debido proceso.

Es pertinente señalar que este tema tampoco es novedoso para este Colegiado. En el caso de los pases al retiro por la causal de renovación de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, ha señalado, en el fundamento 15 de la Sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA que, para evitar considerar a los actos discrecionales de la Administración como arbitrarios, estos han de ser motivados y basarse necesariamente en razones, esto es, que no constituyan una mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte. Este análisis es el que habrá de realizar este Colegiado respecto a las resoluciones del CNM.

Más aún, una interpretación literal del artículo 154.º, inciso 2), de la Constitución, no impide la motivación resolutoria. Que explícitamente se haya requerido la fundamentación en las sanciones disciplinarias a imponer [artículo 154.º, inciso 3)], no implica –en ningún supuesto– que para la ratificación no pueda exigirse también este derecho-regla como garantía de los magistrados. Se plantea, entonces, una interpretación del precitado dispositivo, conforme a la Constitución, utilizando los principios de unidad constitucional y eficacia práctica e integradora, sólo con el fin de reconocer la eficacia de la tutela procesal efectiva en la ratificación de jueces y fiscales.

Y si bien se presenta como claro e interesante que exista una discrecionalidad en la actividad de los consejeros (como la tiene cualquier juzgador), ello no puede servir como base para la vulneración de los derechos de los jueces y fiscales; antes bien, sus resoluciones deben estar sometidas a criterios jurídicos que reflejen los valores, principios y derechos que la Constitución reconoce.

Por tanto, según el fundamento 36 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA,

Este Colegiado concluye en que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad.

La línea que se acaba de mostrar no es novedosa en jurisprudencia comparada. Según la Sentencia Diez c/ Catán, 310: 1698, de la Corte Suprema estadounidense, las resoluciones

(...) con apoyo en razones subjetivas (...) llevan ínsito un claro voluntarismo sobre el tema, que permite descalificar las conclusiones a tenor de la doctrina de la arbitrariedad.

De esta manera, se ha llegado a señalar que una discrecionalidad demasiado fuerte puede llegar a la pura arbitrariedad.

Frente a lo que venía señalando el CNM respecto a esta materia, en una reciente norma, que se ha mencionado anteriormente, se ha cambiado el parámetro de actuación sobre la materia. Así, se puede observar en el artículo 29º del nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del PJ y Fiscales del MP, lo siguiente:

(...) el Pleno del Consejo, en sesión reservada, mediante votación nominal, decide renovar o no la confianza al magistrado evaluado, la que se materializa en una resolución de ratificación o de no ratificación, según sea el caso, debidamente motivada (...).

Es decir, toda decisión expedida por el CNM debe estar motivada. No se dice mucho al respecto, por lo que es conveniente que este Colegiado realice una interpretación conforme a la Constitución sobre este aspecto.

Como ahora está sujeto a un análisis de datos concretos, el consejero está en el deber de tomar una decisión sobre la base de los documentos e informes presentados. Es decir, debe sustentar su decisión en los medios que considera pertinentes. De lo expuesto, se desprende lo siguiente:

- Antes de emitirse el voto, debe existir discusión para cada caso concreto.
- Cuando realicen sus votos, los consejeros deben enumerar todos los datos que a su entender sustentan su posición, pero no tienen la obligación de explicar cuál es el razonamiento utilizado para llegar a tal determinación del voto.

- Esta fundamentación no es exigible a cada consejero, más si al órgano que está decidiendo la ratificación de un magistrado.

Este es el sentido que debe otorgar a la motivación para el caso de la ratificación, en la cual debe tenerse en cuenta tanto la razonabilidad y proporcionalidad resolutive. Es decir, puede retomarse para este caso la razonabilidad exigida para resolver los procesos disciplinarios, establecida por el artículo 3.º del ya citado Reglamento de Procesos Disciplinarios del CNM, que señala que

[L]os Consejeros valoran los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, independencia e imparcialidad,

y que ha sido entendido por este Colegiado (fundamento 35 de la Sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA) al considerar que la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado, motivo por lo cual se habrá de exigir la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto. Esto quiere decir que debe existir relación directa entre los fundamentos utilizados por los consejeros y la decisión de ratificar, o no, a un magistrado”⁵¹².

Más recientemente, sobre la necesidad de que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura estén debidamente motivadas, ha quintaesenciado el Tribunal Constitucional:

“Que por otro lado, el derecho a la motivación de las resoluciones comporta, de manera general, una exigencia en el sentido de que los fundamentos que sustentan la resolución deben ser objetivos y coherentes con la materia de pronunciamiento, quedando fuera de ella consideraciones de orden subjetivo o que no tienen ninguna relación con el objeto de resolución. Tan arbitraria es una resolución que no está motivada o está deficientemente motivada como aquella otra en la cual los fundamentos no tienen una relación lógica con lo que se está resolviendo.

Que en lo que a la motivación de las resoluciones de destitución de magistrados expedidas por el Consejo Nacional de la Magistratura se refiere, este Tribunal ha establecido (Cfr. STC N.º 5156-2006-PA/TC) que la debida motivación de las resoluciones que imponen sanciones no constituye sólo una exigencia de las resoluciones judiciales, sino que se extiende a todas aquellas –al margen de si son judiciales o no, como las administrativas– que tienen por objeto el pronunciamiento sobre el ejercicio de una función. Asimismo, deben fundamentarse en la falta disciplinaria, es decir, en fundamentos que están dirigidos a sustentar la sanción de destitución. Es imperativo, entonces, que las resoluciones sancionatorias contengan una motivación adecuada a derecho, como una manifestación del principio de interdicción de la arbitrariedad. Así, la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones sancionatorias del Consejo Nacional de la Magistratura se cumple cuando dicho órgano fundamenta razonablemente su decisión de imponer una sanción, lo cual excluye aquellos argumentos subjetivos o que carecen de una relación directa e inmediata con la materia que es objeto de resolución y con la imposición de la sanción misma.

⁵¹² STC 3361-2004-AA/TC, FF.JJ. 39-43.

Que en el caso concreto, de la cuestionada resolución de destitución expedida por el emplazado Consejo Nacional de la Magistratura, se aprecia que ésta se sustenta en argumentos de orden disciplinario, es decir, en argumentos orientados a sustentar la sanción de destitución impuesta al actor sobre la base de fundamentos objetivos y coherentes con la materia de pronunciamiento, excluyendo argumentos subjetivos o que no guardan una relación directa con el asunto objeto de resolución y con la imposición de la sanción misma, razones, todas, por las que es presunta vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones no ha sido acreditada”⁵¹³.

No ha sido la motivación de la resolución del CNM la única garantía que ha considerado el TC que debe existir en un proceso de ratificación de jueces. Así, ha recogido también tanto el derecho de acceso a la información de los recaudos actuados en el proceso, como el derecho a un juez independiente y la pluralidad de instancias. Veamos este desarrollo del TC:

SI. El acceso a la información procesal

Según la Constitución (artículo 139.º, incisos 4 y 15), el derecho a la información procesal se puede inferir del principio de ‘publicidad en los procesos’ y del ‘derecho a la información’ (con inmediatez y por escrito) atribuirle a toda persona para que se le informe de las causas o razones de su detención.

Así, el derecho a la información procesal es aquél según el cual el justiciable está en la capacidad de tener acceso a los documentos que sustentan una resolución, tanto para contradecir su contenido como para observar el sustento del juzgador al emitir su fallo.

Ahora bien, como parte de la tutela procesal efectiva, toda la información recibida por el CNM debe ser manejada con la mayor reserva posible, a fin de cautelar el derecho a la vida privada de jueces y fiscales, previéndose en el artículo 28º de la Ley Orgánica del CNM y en la V Disposición General del Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación (tanto en el antiguo como en el nuevo), que no sólo los consejeros, sino también el personal de apoyo del CNM, habrán de guardar reserva respecto a las informaciones que reciben y deliberaciones que realicen. Pero donde el derecho adquiere una importancia inusitada es cuando se analiza si esta confidencialidad debe ser respetada con relación a los propios magistrados.

Este Colegiado ha ido determinando el carácter efectivo del derecho al acceso a la información. En el fundamento 5 de la Sentencia del Expediente N.º 0950-2000-HD/TC, caso Asociación de Pensionistas de la Fuerza Armada y la Policía Nacional, se ha considerado que al ser una facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, no debe existir

(...) entidad del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público que resulte excluida de la obligación de proveer la información solicitada (...).

También se debe destacar la relación entre este derecho y el régimen democrático. Al respecto, este Colegiado ha señalado, en el fundamento II de la Sentencia re-

⁵¹³ RTC 03597-2011-PA, FJ 13 al 15.

caída en el Expediente N.º 1797-2002-HD/TC, caso Wilo Rodríguez Gutiérrez, que el acceso a la información pública,

(...) no sólo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1º de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública.

No obstante, el CNM ha sustentado su negativa a entregar la información a los magistrados en lo dispuesto en su Ley Orgánica, básicamente en sus artículos 28.º, 42.º y 43.º, siendo, a juicio de este Tribunal, solamente el último de ellos, antes de su modificación, el que podría sustentar una denegación permisible. Al respecto, el referido artículo 43.º señalaba, antes de ser modificado por la Ley N.º 28489, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de abril de 2005, que estaba prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro. Dicho artículo, luego de su modificación, dispone que el CNM debe garantizar

(...) a la ciudadanía en general, a través de su portal web, el acceso a la información del registro, con las reservas del derecho de los postulantes y magistrados al honor, a su buena reputación y a su intimidad personal y familiar, conforme a ley.”

Es decir, dentro de un marco de confidencialidad.

Antes de la mencionada modificación legislativa, y a modo de interpretación normativa, este Colegiado había señalado en el fundamento 13 de la Sentencia del Expediente N.º 2579-2003-HD/TC, caso Julia Eleyza Arellano Serquén, que el propósito de dicho artículo de la ley orgánica no era tanto negar el carácter de información pública a la información que se mantiene en el registro, sino, esencialmente, disponer su confidencialidad, restringiendo el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Así, para poder determinar el verdadero límite existente entre confidencialidad e información pública, este Colegiado señaló, como parte del fundamento 20 de la Sentencia del Expediente N.º 1941-2002-AA/TC, la existencia de este derecho para todos los magistrados sujetos al proceso de ratificación, y subrayando el ineludible deber de entregar toda la información disponible sobre la materia, por parte del CNM, dentro de los parámetros señalados.

A partir de esta argumentación, el Tribunal Constitucional finalmente ha logrado señalar en el fundamento 15 de la Sentencia emitida en el antes citado Expediente N.º 2579-2003-HD/TC, que

(...) cabe deslindar si dentro de los sujetos a los cuales está destinada la restricción no se encuentra el titular de los datos que se mantienen en el registro. La restricción ha de entenderse, en efecto, sobre ‘los particulares o autoridades’ distintos del titular de los datos, no pudiéndose realizar una interpretación extensiva del concepto ‘particulares’, utilizado por el artículo 43º de la LOCNM, y comprender, dentro de él, al sometido al proceso de ratificación (...).

De esta argumentación genérica se desprende que todo magistrado sujeto a ratificación tiene derecho al acceso de: a) la copia de la entrevista personal, por ser la

audiencia de carácter público, a través del acta del acto público realizado, y no únicamente el vídeo del mismo; b) la copia de la parte del acta del Pleno del CNM que contiene la votación y acuerdo de no ratificación del magistrado evaluado; y, c) la copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación. Similar es el criterio adoptado por el nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, al establecer, en su exposición de motivos y en su tercera disposición complementaria y final, que el magistrado puede solicitar copias de las piezas del expediente y del informe final.

§2. La necesidad de un examinador independiente

El funcionamiento adecuado de todo órgano calificador y examinador es otro elemento esencial para prevenir el abuso de poder por parte del Estado, y por ende, para proteger los derechos de la persona. En efecto, el corolario fundamental de su existencia es la posibilidad de acudir ante los órganos con el fin de asegurar la efectividad de los derechos. Es más, para que un órgano con capacidad vigilante pueda servir de manera efectiva como órgano de control –garantía y protección de los derechos– no sólo se requiere su existencia formal sino, además, su independencia e imparcialidad, pues, como bien se ha señalado para el caso judicial, debe procurarse, según lo expresa el artículo 139.º, inciso 2), de la Constitución, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Esta exigencia aplicada a los consejeros debe ser considerada como un requisito de idoneidad para participar en la evaluación de un magistrado. Los miembros del Consejo no deben tener una posición predeterminada respecto a los magistrados, a fin de que en su ámbito de actuación según conciencia, deban ser lo más neutrales posible.

Según el demandante, luego de que se pronunciara como presidente de la Sexta Sala Civil a favor de diversos ex magistrados que habían recurrido en amparo, se percató que los integrantes del CNM no lo iban a ratificar. Como prueba de ello abunda en que

(...) en publicaciones diversas el Presidente del Consejo se ha manifestado contra el referido pronunciamiento y se atreve inclusive a atribuirle de inconstitucional y de calificar a su autor como aplicador de una norma contraria a la Carta Fundamental, llegando al extremo de consentir con una periodista del Diario La República como que mi persona pertenecía a la red mafiosa del procesado Montesinos Torres.

Por ello, consideró que con las declaraciones públicas formuladas, se le llegó a descalificar anteladamente como magistrado y como profesional en Derecho.

La normatividad específica sobre el tema de la ratificación señalaba, en el artículo VI del antiguo Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del PJ y Fiscales del MP, vigente al momento de interponer la demanda, y que se mantiene con una redacción similar en el actual, con claridad que

Los miembros del Consejo no pueden ser recusados por realizar la función de ratificación de jueces o de fiscales. Los consejeros, bajo responsabilidad personal,

deben abstenerse cuando en el conocimiento del acto de ratificación de algún juez o fiscal se encuentren incursos en cualquiera de las causales de impedimento que establece la ley.

Por tanto, se debe observar si un consejero se abstuvo, o no, de actuar en un caso concreto, debido a que, en principio, ningún magistrado puede ser recusado. Al respecto, como bien lo ha señalado este Tribunal en el fundamento 112 de la Sentencia del Expediente N.º 0010-2002-AI,

(...) el instituto de la recusación está destinado justamente a cuestionar la imparcialidad e independencia del juez en la resolución de la causa.

Por otro lado, en el artículo 305.º del Código Procesal Civil se señala que un juzgador está impedido de dirigir un proceso cuando haya sido parte en éste; si un familiar o un representado está interviniendo; si ha recibido personalmente o por familiares, beneficios o dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso; o si ha conocido el proceso en otra instancia.

Asimismo, según el artículo 313.º del referido código adjetivo, también puede excusarse por decoro.

Igualmente, en el novedoso sistema procesal penal –artículo 53.º, inciso 1), del nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N.º 957, aún en *vacatio legis*–, se establece que los jueces deberán inhibirse cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere un familiar; cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado o la víctima; cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil; cuando hubieren intervenido anteriormente en el proceso; o cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.

Es decir, en el ordenamiento son diversas las disposiciones que tratan el tema de la inhibitoria por parte de quienes deben resolver. Lógicamente, en el caso de los consejeros, estas exigencias deben limitarse por razón de lo especial de su cometido, siendo así como la posibilidad de recusación se ve restringida.

El Tribunal Constitucional, en una anterior oportunidad, ha advertido un cuestionamiento a la independencia de los consejeros. La crítica, al igual que en el presente caso, se sustentó en la actuación parcializada de uno de los miembros del Consejo. El caso se sustentaba en que uno de los consejeros no había sido confirmado en su cargo en una sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema cuando el recurrente era miembro de la misma y tenía un proceso abierto con el mismo consejero. Ante tal supuesto, este Colegiado no compartió el criterio expuesto por el recurrente, tal como lo expresa en el fundamento 27 de la Sentencia del Expediente N.º 2209-2002-AA/TC, caso Mario Antonio Urrello Álvarez:

En primer lugar, porque no fue el recurrente quien no ratificó al ahora consejero Idrogo Delgado, sino la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, como se desprende del documento obrante a fojas 45 y siguientes del cuaderno principal. En segundo lugar, no es exacto que el proceso judicial iniciado por el actual consejero Idrogo Delgado se haya promovido contra el recurrente, y que de esa manera exista entre ellos un conflicto de intereses, que comprometa su imparcialidad, pues se trata de un proceso judicial promovido contra el Poder Judicial en

cuanto órgano, por no haber sido ratificado (...). En consecuencia, (...) no puede sostenerse que se haya violado el derecho de ser juzgado por un órgano imparcial.

De esta forma, sin estar expresamente reconocida, este Colegiado entró a analizar si existía o no independencia por parte de los consejeros, admitiendo implícitamente un derecho-regla más para los magistrados, en el ámbito del derecho-principio de la tutela procesal efectiva.

Ahora, es pertinente observar en el presente proceso constitucional si se configura alguna afectación al derecho de los magistrados a la independencia de los consejeros. De las pruebas documentales presentadas por la parte demandante, no se observa en ningún extremo adelanto de opinión de parte de los consejeros. Tal como se puede observar, simplemente se ha señalado periodísticamente que

El Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) Ricardo La Hoz Lora, dijo que es anticonstitucional que el Poder Judicial acoja las acciones de amparo de los 26 magistrados (jueces y fiscales), quienes pretenden retornar a la administración de justicia. La Hoz señaló, sin embargo, que si el Poder Judicial repone a éstos nada podrá hacer, (...).

Asimismo, se ha observado que el referido Presidente del CNM

(...) solicitó ayer al presidente de la Sala Suprema, Óscar Alfaro, le informe las razones por las cuales la Sexta Sala Civil decidió admitir una demanda de reposición interpuesta por el no ratificado vocal supremo Mario Urrelo, (...).

Adicionalmente, las otras pruebas presentadas por el demandante no se refieren a declaraciones de consejero alguno, por lo que no pueden ser materia de revisión para el presente caso.

De tal análisis se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, no puede haberse solicitado la inhibición de todos los consejeros, si las declaraciones presentadas por el demandante únicamente se refieren a uno de ellos. Por lo tanto, no es lógico que se haya presentado un pedido de abstención al Pleno, si de las pruebas mostradas tan solo se ponía en tela de juicio la actuación de uno de sus miembros. En segundo término, de los medios probatorios presentados, no se colige con claridad la relación entre las expresiones vertidas por el consejero La Hoz y un adelanto claro de opinión. Es verdad que el entonces presidente del Consejo criticó la actuación de la Sala a la que pertenecía el recurrente, pero lo hizo en el marco constitucional [artículo 139.º, inciso 20), de la Constitución] del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley, sin llegar a demostrarse un ataque personal al demandante. Lo que no parece coherente con su función jurisdiccional, es tratar de atribuir responsabilidades al consejero por no haberlo defendido ante la opinión de los periodistas o de otras autoridades. De ello, por tanto, se desprende que no hubo afectación alguna al derecho del demandante.

§4. La pluralidad de instancias

Sobre la base del artículo 142º de la Constitución, en el enunciado normativo del artículo 5.º, inciso 2, del CPC, que motiva el overruling, se puede observar que la improcedencia del amparo está referida a las resoluciones definitivas del CNM. Es

decir, pueden existir resoluciones que no tengan el carácter de definitivas. Sin embargo, solamente han de ser recurridas, a través de un proceso constitucional, las que sí lo tengan, en la medida en que carezcan de motivación o hubieran sido dictadas sin audiencia del interesado.

Siendo ello así, puede aseverarse la necesidad de reconocer una instancia plural. Este derecho es el fundamento a recurrir razonablemente las resoluciones ante las instancias superiores de revisión final, más aún si se ha reconocido este derecho en la Constitución, en su artículo 139.º, inciso 6, cuando señala que debe existir la pluralidad de instancias.

El recurso no debe tener una nomenclatura determinada, pero debe suponer una revisión integral de la recurrida, fundada en el derecho.

Conforme se aprecia de la norma constitucional respecto a la ratificación, no existe prohibición alguna a la pluralidad de instancia, cuyo fin evidentemente, controlar de la mejor manera la actuación del CNM, más aún si existe motivación en sus resoluciones.

Debe tomarse en cuenta que las graves consecuencias que puede acarrear el procedimiento de evaluación, exige su revisión por un órgano superior al que dicte la resolución en un primer nivel. Ello es necesario, básicamente, por dos motivos esenciales:

- i. Necesidad de revisar la decisión, en virtud de los alcances delicados que acarrea la decisión para el desarrollo profesional del magistrado.
- ii. Sobre el fondo del asunto no cabe interponer recurso alguno en sede administrativa o judicial, tal como está expresado con claridad en el artículo 142.º de la Constitución, pues la intervención constitucional sólo se sustenta en la protección del juez o fiscal en caso se hayan vulnerado sus derechos fundamentales a lo largo del procedimiento.

Por lo tanto, es indispensable que se cree algún mecanismo de segunda instancia dentro del propio CNM, atendiendo a la naturaleza del órgano y a la mejor forma de proteger a la persona. Al respecto, de la propia normatividad del CNM (artículo 41.º de su Ley Orgánica) se puede advertir que esta institución actúa en plenario y en comisiones.

Entonces, es perfectamente permisible que dentro de este órgano constitucional se pueda instaurar una doble instancia que permita, por un lado, una decisión correcta, y, de otro, una mejor protección a los derechos de los magistrados. Es decir, que sea una comisión la que resuelva en primera instancia –lo lógico sería que sea la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación de magistrados– y el plenario en segunda, figura que tranquilamente puede ser desarrollada por el CNM con detenimiento, y atendiendo a su práctica”⁵¹⁴.

Por último, es preciso recordar que si bien el precedente Álvarez Guillén permitió la interposición de amparos para cuestionar las resoluciones del CNM que no hubieran sido motivadas, la misma sentencia estableció que los efectos de dicha posición jurisprudencial eran sólo hacia futuro, en razón a la utilización de la técnica del *prospective overruling*. No obstante, esta

⁵¹⁴ STC 3361-2004-AA/TC, FF.JJ. 26-46.

posición ha sido variada en el caso *Lara Contreras*, donde se estableció sin ambages que cualquier resolución del CNM, en cualquier tiempo, tenía la obligación de ser motivada. Veamos esta última posición del Tribunal:

“Como se ha expuesto en la parte introductoria de la presente resolución, existe un precedente vinculante de fecha 16/12/2005 que utilizando la técnica del *overruling* prospectivo estableció que los procesos de ratificación a los que son sometidos los Magistrados del Poder Judicial como del Ministerio Público por el Consejo Nacional de la Magistratura deberán ser motivados en la medida en que dichos procesos de ratificación se hayan realizado con posterioridad a la emisión del ya citado precedente, dejando sin protección jurídica-constitucional a aquellos magistrados a los cuales no se los ratificó en el cargo con una resolución carente de motivación.

Dicha situación ha generado una distinción allí donde la ley no la ha formulado y ha traído como consecuencia un trato diferenciado en la aplicación de la ley, generando de este modo una afectación al derecho a la igualdad de aquellos magistrados que no fueron ratificados a través de resoluciones inmotivadas. Siendo honestos con nuestras convicciones, si bien reconocemos que esta técnica constituye un verdadero avance en el desarrollo jurídico por su firme contribución a la unificación jurisprudencial, no es menos cierto que su aplicación no debe estar orientada a constituirse en un elemento que imposibilite una efectiva protección y tutela de los derechos fundamentales.

Que lo argumentado en el considerando precedente cobra mayor connotación si tenemos en cuenta que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante el pedido formulado por un grupo de magistrados que se vieron perjudicados por la no ratificación inmotivada, ha señalado en el año 2006 que “...los procesos de evaluación y ratificación no contaron con las garantías de la tutela procesal efectiva, particularmente la exigencia de la resolución motivada, requisito que debe ser conservado a todo tipo de procedimiento...”. Todo ello como parte de una solución amistosa a la que se arribó con el Estado peruano. Es decir la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que existe vulneración a los derechos fundamentales de las personas que no fueron ratificadas en sus cargos de magistrados sin motivación alguna. Consecuentemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos requirió al Consejo Nacional de la Magistratura de nuestro país que rehabilite el título correspondiente a los jueces y fiscales que acudieron ante ella, y en la medida de ello se los reponga en el cargo de magistrados que ostentaban hasta antes de la no ratificación.

Así, el CNM, acatando el acuerdo al que se arribó en la referida solución amistosa, resolvió dejar sin efecto los acuerdos adoptados por el Pleno de dicho organismo constitucional, contenidos en las resoluciones 019-2007-CNM de fecha 11 de enero de 2007; 123-2007-CNM y 124-2007-CNM, ambas del 20 de abril de 2007, quedando en consecuencia sin efecto las resoluciones que decidieron no ratificar a los magistrados del Poder Judicial.

Esto trae a colación lo que el propio Tribunal Constitucional ya ha expresado en la STC 2730-2006-AA/TC “... no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los

derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribe a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte.

Como bien señala Cecilia Medina “... las fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente, y éstas, a su vez, influyen y son influidas por las fuentes domésticas... La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los países parte del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos. Mirando esto desde otro ángulo, el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, también debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional...”

Los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un referente “mínimo indispensable”, en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos “nuevos” inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta...”.

Es relevante para el caso en concreto señalar que una de las resoluciones que fue dejada sin efecto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue la 323-2003-CNM, a través de la cual se decidió no ratificar al demandante. Lo paradójico o contradictorio está en que el Consejo Nacional de la Magistratura dejó sin efecto la resolución que se impugna a través del presente proceso de amparo, pero sólo en el extremo de aquellas personas que acudieron a la instancia internacional.

La citada discriminación resulta intolerable desde la perspectiva actual del Estado Constitucional de Derecho, máxime si se tiene en cuenta las exigencias constitucionales a las que estamos sometidos cuando de interpretar los derechos fundamentales se trata, tal y conforme ya se ha señalado en el considerando 7 de la presente resolución.

Por todo lo anteriormente expuesto, creemos que sería contraproducente a la propia naturaleza de los procesos constitucionales y sus fines seguir esgrimiendo argumentos a favor del precedente constitucional en referencia, siendo por ello necesario variar el criterio en aras de una defensa efectiva de los derechos fundamentales invocados como vulnerados”⁵¹⁵.

Es necesario recordar aquí también, que el Tribunal ha establecido una postura interpretativa, con carácter de precedente vinculante, respecto a la dispuesto por el artículo 154.2 de la Constitución (que establece que el magistrado que no es ratificado por el CNM no puede volver a acceder a la carrera judicial), interpretación que más allá de la literalidad de lo establecido en

⁵¹⁵ STC 1412-2007-PA/TC, FF.JJ. 15-22.

el texto constitucional, ha dispuesto que la no ratificación no puede constituirse en un impedimento, máxime cuando entiende que la no ratificación no supone una sanción. Veamos:

“La controversia de autos, respecto de los alcances del artículo 154.º, inciso 2), de la Ley Fundamental, no es una materia nueva para este Colegiado. En efecto, en las STC N.os 1941-2002-AA/TC, 1525-2003-AA/TC, 2731-2003-AA/TC, y más recientemente, a través de la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un nuevo precedente, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

Así, este Tribunal ha sostenido que podría afirmarse que la no ratificación judicial es un acto de consecuencias aún más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de esta última, el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución dispone, literalmente, que "Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público", mientras que los destituidos por medidas disciplinarias si pueden reingresar. Al respecto, la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación por ningún motivo en el artículo 2.2º, de modo que no cabe el tratamiento discriminatorio que da a los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición, al menos en la etapa de postulación para el reingreso a la carrera judicial.

La no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial es incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución, ya que, como se ha expuesto, ésta no constituye una sanción, sino, en todo caso, una potestad en manos del Consejo Nacional de la Magistratura a efectos de verificar, justificadamente, la actuación de los magistrados en torno al ejercicio de la función jurisdiccional confiada por siete años.

Tal es la interpretación que se debe dar a aquella disposición constitucional ("Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público"), pues, de otra forma, se podría caer en el absurdo de que una decisión que expresa la manifestación de una potestad constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, respecto de la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional, sin embargo, termina constituyendo una sanción con unos efectos incluso más agravantes que los que se puede imponer por medida disciplinaria; produciendo así un trato desigual injustificado. Por ello, sin perjuicio de exhortar al órgano de la reforma constitucional a que sea éste el que, en ejercicio de sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la institución, permitiendo hacer compatibles los derechos de los magistrados no ratificados con las funciones que cumple la ratificación, este Colegiado considera que tales magistrados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público.

Lo expuesto en los Fundamentos 5 a 7 constituye la posición de este Colegiado respecto de los alcances del inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución. Quiere todo ello decir, en resumidas cuentas, que si se asume que la no ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en dicha situación, un magistrado no ratificado se encuentra impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación. En efecto, si la no ratificación es un acto sustentado en la evaluación que, en ejercicio de su potestad

constitucional ejerce la institución emplazada, mal puede concebirse que los no ratificados no puedan volver a postular a la Magistratura cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154.º inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura.

En tal momento, conviene señalar que en la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un nuevo precedente jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional ya se ha referido en forma, por demás extensa, a las características y parámetros a seguir, a las funciones constitucionales y a las garantías de la tutela procesal efectiva en el proceso de ratificación, así como a las consecuencias de la no ratificación. En ese sentido, no es el objetivo de este Colegiado reiterar lo que ya ha quedado dicho sino, antes bien, y en vista de los alegatos del Consejo Nacional de la Magistratura, efectuar las precisiones que a continuación se explican, y que resultan pertinentes a efectos de resolver la controversia de autos.

En principio, y dado que a fojas 66 de autos el Consejo Nacional de la Magistratura alega que las sentencias expedidas por este Colegiado no constituyen precedente vinculante, esto es, que no existe doctrina jurisprudencial vinculante para el caso materia de litis que la obligue a su cumplimiento (sic), cabe formular algunas precisiones previas.

Por un lado, en la STC N.º 3741-2004-AA/TC este Colegiado ha establecido las diferencias entre la llamada jurisprudencia constitucional, presente desde la anterior legislación sobre procesos constitucionales, y el precedente vinculante, de reciente incorporación en el ordenamiento jurídico nacional a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional. Así, las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. En efecto, conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y la Primera Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica de este Tribunal, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

Y, por otro lado, cabe reiterar que en el Fundamento N.º 8 de la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un precedente jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, dejó claramente sentada su posición en el sentido de que "(...) los criterios establecidos por este Tribunal constituyen la interpretación vinculante en todos los casos de no ratificaciones efectuadas por el CNM con anterioridad a la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano. En dichos casos, los jueces están vinculados y deben aplicar la jurisprudencia de este Tribunal en los términos en que estuvo vigente, toda vez

que, hasta antes de la fecha de publicación, la actuación del CNM tenía respaldo en la interpretación que este Colegiado había efectuado respecto de las facultades que a tal institución le correspondía en virtud del artículo 154.º, inciso 2), de la Constitución”. Asimismo, este Colegiado declaró expresamente, en la parte resolutive, que el susodicho Fundamento N.º 8 tiene fuerza vinculante.

Hechas las precisiones, cabe puntualizar, complementariamente a lo establecido por este Tribunal, tanto en la STC N.º 3361-2004-AA/TC, como en anteriores pronunciamientos, que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial como consecuencia de la no ratificación (interpretación literal) implicaría, además, una especie de inhabilitación al magistrado no ratificado, para siquiera postular, y mucho menos acceder, a la carrera judicial.

No debe perderse de vista que el proceso de ratificación de magistrados resulta ser un proceso sui generis, distinto a un procedimiento administrativo disciplinario, pues conforme lo establece el propio inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución, como el artículo 30.º de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, dicho proceso es independiente de las medidas disciplinarias. Es, pues, un proceso de evaluación del desempeño de los magistrados al cabo del período de siete años, que, aunque bastante particular, reúne las características de un procedimiento administrativo, en el que se analiza su actuación y calidad de juez o fiscal, así como su conducta e idoneidad en el cargo, criterios que serán sustentados con los documentos presentados por el propio evaluado, y los recabados a petición del Consejo Nacional de la Magistratura. Luego, los fundamentos o razones que condujeron a la no ratificación deberán ser tomados en cuenta para efectos de una nueva postulación, lo cual no puede implicar una restricción, de plano, de acceso a la magistratura. Evidentemente, entiende este Tribunal, que la posibilidad de que un magistrado no ratificado pueda postular y, por ende, reingresar a la carrera judicial, será posible en la medida en que se verifique el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por ley sin que, en cualquier caso, la simple no ratificación se esgrima como único argumento para rechazar al candidato”⁵¹⁶.

— *Control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.*

Tal como indica el artículo 5, inciso 8 del C.P.Const., no proceden los procesos constitucionales cuando “se cuestionen resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad”. Señala también dicho artículo que “resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno”. Finalmente, agrega que “la materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva”. Debe resaltarse que esta regulación del Código guarda directa relación con lo que establece la Constitución en su artículo 181. Sin embargo, hay que recalcar que el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación esencialmente tuitiva de estas normas. En ese sentido, ha señalado:

⁵¹⁶ STC 1333-2006-PA/TC, FF.JJ. 4-14.

“Llegados a este punto, alguno puede haberse preguntado: ¿cómo puede el Tribunal Constitucional sostener que la Constitución es norma jurídica vinculante, y, no obstante, haber expedido la STC 2366-2003-AA, contraviniendo (sic) el “claro mandato” de los artículos 142º y 181º de la Constitución que establecen, respectivamente, que las resoluciones del JNE en materia electoral “no son revisables en sede judicial” y que “son dictadas en instancia final, definitiva, y (...) contra ellas no procede recurso alguno”?

Las sentencias 0010-2002-AI —expedida en el caso sobre la legislación antiterrorista—; 0023-2003-AI, —expedida en el caso sobre la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el Código de Justicia Militar—; 0004-2004-CC —sobre el conflicto de competencias surgido entre el Poder Judicial y el Congreso de la República—; 0019-2005-HC — sobre la “ley de arresto domiciliario”—; 0020-2005-AI / 0021-2005-AI —sobre el conflicto de competencias suscitado entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco—, son sólo algunas muestras, entre las muchas existentes, con las que este Colegiado ha demostrado que a los métodos jurídicos y de argumentación constitucional (función de valoración), acompaña una cabal conciencia de la realidad social, buscando aliviar los conflictos intersubjetivos e interinstitucionales (funciones de ordenación y pacificación).

Por ello no puede escapar a la consideración de este Tribunal que la pregunta planteada es el resumen fiel de la preocupación expuesta por algún sector. Y por ello, es consciente de que, si pretende desvirtuarla, debe hacerlo en términos que no sólo pueda comprender el técnico en Derecho, sino el propio ciudadano.

La Constitución del Estado está plagada de disposiciones entre las que existe una “aparente” contradicción. Así, por ejemplo, mientras en el inciso 1) del artículo 2º se reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, en el artículo 140º se regula la pena de muerte; mientras en el inciso 2) del artículo 2º se reconoce el principio derecho a la igualdad ante la ley, el artículo 103º establece que pueden expedirse leyes especiales cuando así lo exija la naturaleza de las cosas; mientras el inciso 24) del artículo 2º reconoce el derecho a la libertad personal, el literal f) del mismo inciso justifica que la autoridad policial prive a la persona de ésta en caso de flagrante delito; mientras el inciso 2) del artículo 139º, refiere que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, empero, el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución establece que el amparo contra esta resolución procede si emana de un proceso irregular, es decir, de un proceso en el que no se hayan respetado los derechos fundamentales de la persona.

Pues bien, resulta evidente que luego de la lectura aislada de alguna de estas disposiciones, se llegará a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca ha sido ni será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada. Es indiscutible que esta es una lectura más sencilla; sí, tan sencilla como ilegítima.

Qué duda cabe de que una interpretación literal y aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, concluirá en que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución en materia electoral expedida por el JNE, es inatacable jurisdiccionalmente; es decir, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los de-

rechos fundamentales de la persona. Empero, el resultado de esta interpretación ¿es sustentable constitucionalmente?

Son distintas las razones que permiten al Tribunal Constitucional sostener que tal interpretación resulta manifiestamente inconstitucional. En primer lugar porque, lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconoce la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, incluyendo, desde luego, los que efectúe el JNE.

Si bien es cierto que esta entidad es el máximo órgano de administración de justicia electoral del país, no lo es menos que, como cualquier otro poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31°, *in fine*, de la Carta Fundamental.

En otras palabras, el “producto” resultante de realizar una interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, viola los más elementales principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución y concordancia práctica), pues pretendiendo auspiciar la seguridad jurídica que debe informar a todo proceso electoral, “sacrifica” los derechos fundamentales, ya que los despoja de toda garantía jurisdiccional de protección.

La interpretación aislada de los artículos constitucionales bajo análisis resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución). En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE (artículo 177° de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE, tales principios y derechos no resultan vinculantes.

Es preciso tener presente que, de conformidad con el principio de corrección funcional, el JNE, bajo las responsabilidades de ley, se encuentra impedido constitucionalmente de desconocer las decisiones vinculantes que los otros órganos constitucionales expiden en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente previstas. Así, por ejemplo, el JNE se encuentra impedido de desconocer una resolución adoptada por el Congreso de la República que inhabilita a una persona para el ejercicio de la función pública, de conformidad con el artículo 100° de la Constitución; máxime si la validez constitucional de dicha resolución ha sido plenamente confirmada a través de una sentencia del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución (artículo 201° de la Constitución y artículo 1° de la LOTC).

Al referir que las resoluciones del JNE en materia electoral se dictan en última instancia y no pueden ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional,

los artículos 142º y 181º de la Constitución, tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de corrección funcional ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

Asunto distinto se presenta cuando el JNE ejerce funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone. Ello tendría lugar, claro está, si se expide una resolución contraria a los derechos fundamentales. En tales supuestos, el criterio del JNE escapa a los asuntos técnico-jurídicos de carácter estrictamente electoral, siendo de inmediata aplicación el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución que dispone que el proceso de amparo “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los (...) derechos reconocidos por la Constitución”. En otras palabras, en tales casos, la jurisdicción constitucional se torna inmediatamente en el fuero competente para dirimir la litis circunscrita a si existió o no violación de la Carta Fundamental. Sin que pueda caber aquí, desde luego, una subrogación en las funciones reservadas constitucionalmente al JNE.

Sería, por ejemplo, absurdo sostener que porque el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la nulidad de una sentencia expedida por un juez penal o civil que contravenga los derechos fundamentales, tiene capacidad de administrar justicia penal o civil. Es evidente que en tales supuestos el Tribunal Constitucional se limita a administrar justicia constitucional, reponiendo las cosas al estado anterior al momento en que tuvo lugar la afectación del derecho fundamental (primer párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional), para que luego el proceso continúe siendo resuelto por su respectivo juez competente. La secuencia es idéntica en los supuestos de resoluciones expedidas por jueces que administran justicia electoral.

Así pues, no se trata de una superposición de funciones, sino de delimitar clara y correctamente las competencias que la Constitución ha conferido a cada uno de los órganos constitucionales (principio de corrección funcional).

De conformidad con el artículo 93º de la Constitución, los Congresistas de la República no están sujetos a mandato imperativo. No obstante, las leyes expedidas por el Congreso, órgano independiente y autónomo, son susceptibles de control constitucional, mediante el proceso de inconstitucionalidad (artículo 200º 4).

De conformidad con el artículo 139º 2 de la Constitución, el Poder Judicial también goza de independencia y autonomía; sin embargo, como no podría ser de otro modo en un Estado que se precie de ser Constitucional, sus resoluciones (incluso las de la Corte Suprema de la República) son susceptibles de control constitucional mediante los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus.

Incluso, existe también una disposición constitucional que expresamente establece que “ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada” (artículo 139º 2) y, sin embargo, hoy en día a nadie se le ocurre sostener que las resoluciones firmes emanadas de un proceso en

el que han existido violaciones a los derechos fundamentales, están exceptuadas de control constitucional mediante los procesos de amparo o hábeas corpus. Son los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica y de fuerza normativa de la Constitución, los que han permitido que esta última tesis se consolide sin reparo (artículo 4º del Código Procesal Constitucional).

Lo propio se podría señalar en torno a la justicia militar, cuya excepcionalidad y autonomía del Poder Judicial está reconocida en los artículos 139º 1 y 173º; sin embargo, no se encuentra exceptuada del control constitucional, a través de los procesos de amparo o hábeas corpus.

No existe, pues, justificación constitucional alguna para que el JNE se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva⁵¹⁷.

Además de ello, el TC ha creído conveniente establecer algunos criterios de cómo debería efectuarse el control constitucional de las resoluciones del JNE, teniendo en cuenta la posibilidad de irreparabilidad de la violación de los derechos fundamentales, dada el carácter preclusivo del proceso electoral. Veamos:

“Como quedó dicho en el Fundamento 33, supra, en criterio del Tribunal Constitucional, el conflicto, strictu sensu, no reside en las disposiciones 142º y 181º de la Constitución, sino en la inconstitucional interpretación y consecuente aplicación literal y aislada que de ellas pretenda hacerse. Por ello, no corresponde concentrar el análisis en si pueden o no ser objeto de control constitucional las resoluciones del JNE en materia electoral que violen derechos fundamentales, pues no cabe duda de que lo son, sino en determinar cómo debe operar dicho control constitucional.

De conformidad con los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, y con el criterio sostenido en la STC 2366-2003-AA, en el que este Colegiado se reafirma, el inciso 8) del artículo 5º del CPConst., establece que son objeto de control constitucional las resoluciones del JNE que violen la tutela procesal efectiva. El artículo 4º de la misma norma, refiere que:

“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.”

Consecuentemente, la posibilidad de ejercer control constitucional a las resoluciones del JNE que resulten contrarias a los derechos fundamentales no sólo emerge de una adecuada interpretación de la Carta Fundamental, sino que se encuentra expresamente concretizada en una disposición del CPConst.

⁵¹⁷ STC 5854-2005-PA/TC, FF.JJ. 13-21.

Sin embargo, no es menos cierto que la seguridad jurídica —que ha sido reconocida por este Tribunal como un principio implícitamente contenido en la Constitución—, es pilar fundamental de todo proceso electoral. En efecto, siendo que los procesos electorales ostentan plazos perentorios y preclusivos, y que una de las garantías para la estabilidad democrática es el conocimiento exacto y oportuno del resultado de la voluntad popular manifestada en las urnas (artículo 176º de la Constitución), no es factible que, so pretexto del establecimiento de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, se culmine por negar la seguridad jurídica del proceso electoral, y con ella, la estabilidad y el equilibrio del sistema constitucional en su conjunto (principio de interpretación constitucional de concordancia práctica).

En tal virtud, este Colegiado considera necesario precisar los siguientes aspectos:

a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional (artículo 201º de la Constitución y artículo 1º de la LOTC), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al Derecho Electoral Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del CPCConst.).

b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC —artículos 178º, 182º y 183º de la Constitución—), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176º de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1º del CPCConst..

c) Este Colegiado considera, sin embargo, que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del JNE en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral,

“debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación”, ha establecido que

“dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral”.

Resulta evidente que esta previsión de la Corte Interamericana, no sólo apunta a que no corra riesgo el cronograma electoral, sino también a evitar en lo posible que las eventuales afectaciones a los derechos fundamentales en las que incurran los órganos encargados de administrar justicia electoral no se tornen irreparables.

En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 107° de la Constitución, este Tribunal propone al Congreso de República introducir en el CPConst, en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:

- Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.
- Que las demandas de amparo contra una decisión del JNE en materia electoral sean presentadas ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumárisimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.
- Sancionar a aquellos jueces constitucionales que, contraviniendo el artículo 13° del CPConst., no concedan trámite preferente a las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del JNE en materia electoral.
- Los plazos deben ser perentorios a efectos de no crear incertidumbre en las decisiones electorales y asegurar la confianza en el sistema de control jurisdiccional constitucional.

Estas medidas no sólo garantizarán la seguridad jurídica del proceso electoral, sino que también permitirán la oportuna protección de los derechos fundamentales. Debe recordarse cómo, por ejemplo, a pesar de haberse acreditado la manifiesta afectación por parte del JNE del derecho a la presunción de inocencia (artículo 2° 24 e. de la Constitución) de un ciudadano y, como consecuencia de ello, la afectación de su derecho político a ser candidato a un cargo público (artículos 2° 17, 31° y 35° de la Constitución), la ausencia de plazos perentorios en los procesos de amparo orientados a la protección de derechos fundamentales políticos, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, determinó la imposibilidad de reponer las cosas al estado anterior, al haber devenido dichas afectaciones en irreparables⁵¹⁸.

Debe advertirse que, como consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional el artículo 5, inciso 8 del C.P.Const. (en estricto, de la Ley 28642 que lo reformó)⁵¹⁹, el único parámetro en relación esta causal de improcedencia lo constituye el artículo 142 de la Constitución, que debe ser interpretado de conformidad con lo establecido en aquella sentencia por dicho Colegiado.

También ha sido interpretación del Tribunal, lo siguiente:

“En efecto, recordando lo expuesto en el fundamento 4 de la STC N.º 2366-2003-AA/TC, se ha establecido que ‘(...) aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal

⁵¹⁸ STC 5854-2005-PA/TC, FF.JJ. 36-38.

⁵¹⁹ STC 0007-2007-PI/TC.

organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo”⁵²⁰.

Finalmente, en un fallo más reciente, ha destacado el Tribunal Constitucional:

“En reiterada jurisprudencia (Expedientes N.os 2366-2003-AA/TC, 5854-2005-AA/TC, 2730-2006-PA/TC, entre otras) el Tribunal Constitucional ha establecido que resultan procedentes las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones cuando éstas vulneren derechos fundamentales. Así, se ha enfatizado que ningún poder público puede, mediante acto u omisión, apartarse del contenido normativo de los derechos fundamentales ni se encuentra exento del control constitucional ejercido por el poder jurisdiccional del Estado, en cuya cúspide –en lo que a la materia constitucional se refiere– se ubica este Tribunal. Desde luego, el referido órgano electoral no se halla al margen de este imperativo constitucional.

En efecto, debe recordarse lo expuesto en el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 02366-2003-AA/TC,

‘(...) aun cuando de los artículos 142.º y 181.º de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo’.

Esta reiterada doctrina fue complementada y fortalecida en la sentencia que con calidad de precedente vinculante recayó en el Expediente N.º 5854-2005-PA/TC, oportunidad en la que este Tribunal Constitucional ha continuado el desarrollo de los principales fundamentos que sustentan no sólo la viabilidad, sino la absoluta necesidad de que las resoluciones del JNE sean sometidas a un escrutinio de validez constitucional a través del proceso de amparo.

⁵²⁰ STC 01064-2011-PA, FJ 3.

Conviene recordar, además, que el inciso 8) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional que prescribía la improcedencia del proceso de amparo cuando se cuestionen las resoluciones del JNE en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva, fue declarado inconstitucional por este Colegiado mediante la sentencia recaída en el Expediente N.º 0007-2007-PI/TC, con lo cual, el Tribunal es competente para realizar el control constitucional de las resoluciones que emita el JNE”⁵²¹.

— *Conflictos entre órganos estatales.*

El artículo 5, inciso 9 del C.P.Const. indica que no proceden los procesos constitucionales cuando “se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes”. Por tanto, cualquiera sea la situación que origine un problema entre entidades estatales, cuando ésta se encuentre relacionada con la necesidad de determinar o precisar sus competencias, será el proceso competencial, y no el proceso de amparo, la vía a la cual corresponderá acudir para la resolución de la respectiva controversia. Por supuesto, este asunto guarda directa relación con el tema relativo a la titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídico-públicas. A este respecto, el Tribunal ha señalado lo siguiente:

“Determinar que las personas jurídicas de derecho público sean titulares del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, conlleva la posibilidad de su tutela vía el proceso de amparo. Aunado a ello, debe observarse la causal de improcedencia contenida en el artículo 5 numeral 9 del Código Procesal Constitucional, la cual estipula que frente a conflictos entre entidades de derecho público la demanda tendrá que declararse improcedente. Es importante resaltar que tal disposición pretende que el amparo no sea utilizado para resolver contiendas competenciales, conflictos intraorgánicos entre entidades administrativas y conflictos competenciales o de atribuciones constitucionales en sentido estricto.

Frente a ello, es deber de este Colegiado dilucidar esta aparente antinomia, la misma que tendrá que ser resuelta en aplicación de criterios que integren las diferentes normas del Código Procesal Constitucional a la luz de la Constitución, de tal manera que se privilegie y optimice la tutela de los derechos fundamentales. A propósito de ello debe recordarse que si bien ningún derecho fundamental es absoluto, encontrándose sujeto a límites, ello no debe llevarnos a aplicar de manera irrazonable las figuras procesales que regulan la procedencia del amparo.

En efecto, del artículo 200, numeral 2, de la Constitución y del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que consagra como uno de los fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, se desprende que, en casos como el presente, la pretensión debe ser analizada a fin de determinar si efectivamente ha existido afectación al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Optar por una alternati-

⁵²¹ STC 05448-2011-PA, FJ 1 al 4.

va contraria, en donde predomine la improcedencia de la demanda, claramente variaría de contenido los referidos derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas.

En suma, no se estaría procediendo conforme a la Constitución si prima facie se niega la posibilidad de que las personas jurídico-públicas puedan tutelar derechos como el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Por consiguiente, es claro que se debe pasar a analizar el fondo de la pretensión a fin de dilucidar la presente controversia⁵²².

— *Plazo para presentar la demanda.*

Según el artículo 5, inciso 10 del C.P.Const., los procesos constitucionales no proceden cuando “ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus”. En este caso, estamos en realidad ante un supuesto de consentimiento tácito del acto lesivo, siendo por lo demás evidente que la norma busca también otorgar seguridad jurídica a las relaciones sociales. En lo que respecta al amparo, ha de recordarse que la regulación sobre el plazo para interponer la demanda y el momento desde cuándo éste debe computarse, figuran en el artículo 44 del Código. Son interesantes algunas consideraciones del Tribunal sobre este tema, cuando aún regía la Ley 23506.

— *Plazo de prescripción (no de caducidad)*

“[...] ante la interposición de una demanda de amparo extemporánea, el transcurso del plazo no extingue el derecho constitucional invocado, toda vez que su defensa podrá realizarse en las vías procesales ordinarias –distintas del amparo– que ofrezca el ordenamiento. Por lo tanto, esta Sala (del Tribunal) interpreta que el plazo indicado en el artículo 37 de la Ley N.º 23506 no es un plazo de caducidad, sino un plazo de prescripción, pues su transcurso no extingue el derecho constitucional agraviado sino, simplemente, cancela la posibilidad de utilizar la vía procesal urgente del amparo para su protección. (...) De esta manera, transcurrido el plazo para interponer la demanda de amparo, el sujeto afectado no se ve desprovisto de su derecho constitucional, ni mucho menos del correlativo derecho de solicitar tutela jurisdiccional efectiva al Estado (derecho constitucional de acción), sino que simplemente pierde la posibilidad de acceder a una vía procedimental excepcional y urgente como es la acción de amparo. Por el contrario, si el transcurso del plazo extinguiera el derecho constitucional cuya protección se solicita, entonces este Tribunal necesariamente se debería expresar en términos de caducidad. Dado que no es así, en función de lo expuesto se puede concluir que, independientemente del defecto en el nomen iuris utilizado por el legislador, el artículo 37 de la Ley N.º 23506 regula el plazo de prescripción extintiva para la interposición de la demanda de amparo⁵²³.”

⁵²² STC 01407-2007-PA/TC, FF.JJ. 10 al 13.

⁵²³ STC 1049-2003-AA/TC, FJ. 7.

— *Duda sobre el vencimiento del plazo por huelga judicial.*

“[...] si bien el Tribunal considera que los días transcurridos durante la huelga del Poder Judicial no deben ser incluidos en el cálculo del plazo para la interposición de la demanda de amparo, en la hipótesis de una duda interpretativa, puede igualmente ratificarse en dicho parecer, toda vez que, en virtud del principio pro actione, la decisión igualmente debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción. Téngase en cuenta, finalmente, que la alternativa opuesta supondría invertir el funcionamiento y el propósito de los procesos en general, y de los procesos constitucionales en particular, pues implicaría convertir, erróneamente, una duda interpretativa respecto de las formalidades propias del instrumento de tutela en un elemento determinante para permitir el acceso a la tutela constitucional de los derechos, cuando, en realidad, es el instrumento procesal el que debe ser adecuado e interpretado decididamente –siempre y cuando no se restrinjan los derechos constitucionales de la contraparte– a fin de consolidar una tutela constitucional más eficaz, oportuna y plena”⁵²⁴.

— *Cómputo del plazo de prescripción*

Sin perjuicio de lo expuesto, es conveniente aclarar que el cómputo del plazo prescriptorio en el amparo operará de distinto modo, dependiendo del tipo de acto lesivo que se haya impugnado. Así pues, la solución será distinta cuando se trate de un acto de ejecución instantánea, que cuando se está frente a un acto de ejecución continuada o de tracto sucesivo:

“[E]l artículo 26° de la Ley N.° 25398 establece que el plazo de prescripción extintiva se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad. En caso que la afectación y la orden que la ampara se ejecuten simultáneamente, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará en dicho momento. Si los actos que constituyen la afectación son continuados o de tracto sucesivo, el plazo se computará desde la última fecha en que se realizó la última agresión”⁵²⁵.

Con todo, cabe precisar que, en la actualidad, las reglas sobre el cómputo del plazo prescriptorio en el amparo (esto es, a partir de cuándo debe comenzarse a contar el mismo) se encuentran en el tercer párrafo del artículo 44° del Código Procesal Constitucional.

Precisamente, un criterio recientemente pergeñado por el Tribunal en torno al amparo contra resoluciones judiciales es el relativo al momento a partir del cual debe iniciarse el cómputo del plazo prescriptorio, toda vez que el segundo párrafo del artículo 44° del Código Procesal Constitucional señala que “[t]ratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido”. Sobre este punto, el Tribunal ha interpretado lo siguiente:

⁵²⁴ STC 1049-2003-AA/TC, FJ. 5.

⁵²⁵ STC 3283-2003-AA/TC, FJ. 6.

“Así las cosas y a los efectos de interpretar correctamente el segundo párrafo del artículo 44º del Código Procesal Constitucional se considera iniciado el plazo y con ello el inicio de la facultad de interponer la demanda de amparo contra la resolución judicial firme cuando se han agotado todos los recursos que prevé la ley para impugnarla dentro del proceso ordinario, siempre que dichos recursos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada. En ese sentido, cuando el justiciable interponga medios impugnatorios o recursos que no tengan real posibilidad de revertir sus efectos, el inicio del plazo prescriptorio deberá contabilizarse desde el día siguiente de la fecha de notificación de la resolución firme a la que se considera lesiva y concluirá inevitablemente treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena el cúmplase con lo decidido, sin que igualmente se acepte articulaciones inoficiosas contra este último pronunciamiento jurisdiccional. Por lo demás el juez constitucional deberá hacer uso de los apercibimientos y multas atendiendo a la gravedad del perjuicio ocasionado por la parte que actúa con evidente mala fe procesal”⁵²⁶.

Pese a lo dicho, no puede dejarse de señalar que el Tribunal Constitucional ha interpretado que, de manera ciertamente excepcional, la norma sobre la prescripción en el amparo puede ser flexibilizada, cuando su cumplimiento plantea un problema de colisión entre la seguridad jurídica y otros valores o derechos constitucionales. El razonamiento del Tribunal en este punto, ofrecido en el marco de un proceso de amparo contra uno de cumplimiento, ha sido el siguiente:

“En el caso de autos queda claro que si bien la regla de la prescripción es una máxima a la que prima facie se encuentra vinculado todo juez constitucional, no es menos cierto que la misma comporta una eventual restricción al derecho de acción. Bajo tales circunstancias queda claro que la consabida regla solo debe ser asumida como fórmula de obligatorio cumplimiento, en tanto y en cuanto su utilización no sea una manera de desvirtuar los objetivos del proceso constitucional, tanto más si se trata de un proceso tan sensible como el presente. De allí que si se interpreta que la citada institución, representa un obstáculo para corregir los excesos que comporta una determinada situación, aquella debe ceder frente a los objetivos correctores que entraña o presupone el proceso constitucional. Proceder de dicha forma no es por lo demás una desvirtuación de sus alcances, sino una manera de consolidar el mandato esencial contenido en el antes citado Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, existe un segundo argumento mucho más gravitante que el estrictamente procesal y es que para este Colegiado, si bien la institución de la prescripción se encuentra sustentada en el valor seguridad jurídica y este último es un bien jurídico de relevancia implícito en el esquema constitucional, no deja de ser menos cierto que existen otros bienes jurídicos y derechos fundamentales igual de esenciales en el orden constitucional, como es el caso del deber de respeto, cumplimiento y defensa de la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (Artículo 38º), de la prohibición del abuso del derecho (Artículo 103º, segundo párrafo) o del debido proceso sustantivo (derecho implícito)”⁵²⁷.

⁵²⁶ STC 0252-2009-PA/TC, FJ. 18

⁵²⁷ STC 5296-2007-PA/TC, FJ. 8 y 9. En igual sentido, RTC 03488-2009-PA, FJ 5; RTC 538-2010-PA, FJ 6; RTC 01501-2010-PA, FJ 3 al 6; RTC 03789-2011-AA; RTC 03647-2011-PA, FJ 3 al 6.

— *Otras causales de improcedencia.*

Finalmente, hemos de dar cuenta de otros supuestos de improcedencia que han merecido especial atención por parte del Tribunal Constitucional al hilo de su jurisprudencia. Veamos algunos de los más importantes

— *Consentimiento del acto lesivo.*

Este supuesto ha sido comúnmente invocado por el Tribunal Constitucional cuando el demandante en un amparo laboral había optado por cobrar sus beneficios laborales. En tales casos, el Tribunal ha procedido a razonar de la siguiente forma:

“Conforme se desprende de la liquidación corriente a fojas 141 de autos, el demandante ha cobrado su compensación por tiempo de servicios, hecho que ha sido aceptado por él mismo en su escrito de apelación que obra a fojas 177; por tal motivo, conforme lo ha señalado en forma reiterada este Colegiado, al haber cobrado sus beneficios sociales, el accionante ha consentido plenamente la ruptura del vínculo laboral con la emplazada, razón por la cual carece de sustento la demanda y debe ser desestimada”⁵²⁸.

Sin embargo, el Tribunal recientemente ha cambiado su posición jurisprudencial, dictando con calidad de precedente vinculante, que cuando el trabajador cobra sus beneficios sociales no se produce el consentimiento del acto lesivo, reservándose dicha causal de improcedencia sólo para los casos en que el trabajador ha cobrado la indemnización por despido arbitrario. Veamos:

“Estando a las consideraciones expuestas, se puede llegar a determinar que en un proceso de tutela de los derechos constitucionales, no se puede pretender convalidar un acto viciado de nulidad (el despido) con un acto posterior como es el cobro de la compensación por tiempo de servicios, que como ya se ha dicho, es un beneficio que le corresponde al trabajador, sea cual fuere la causa que haya motivado su cese laboral. Entonces queda claro que frente a una contingencia como en el caso del despido arbitrario, el trabajador tiene derecho a hacer uso de su beneficio social de previsión; máxime cuando nuestra Constitución ha estipulado en su artículo 2º inciso 24.a), “nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (resaltado nuestro); siendo esto así el Tribunal Constitucional como órgano contralor de la Constitución no puede dejar de pronunciarse frente a una evidente vulneración constitucional.

Tampoco se podría considerar como una voluntad de ruptura del vínculo laboral el hecho que el actor cobre los demás beneficios sociales (vacaciones, gratificaciones, utilidades, etc.) toda vez que al tener estos beneficios la naturaleza de derecho adquirido, su cobro no demuestra voluntad alguna de dar por terminada la relación laboral, sino solo el ejercicio legal de un derecho; contrario sensu, si el trabajador al producirse el despido hubiera convenido con su empleador por el pago de la indemnización por despido, demostrando con ello haber optado por la protección resarcitoria, igualmente reparadora, no podrá recurrir a la vía constitucional.

⁵²⁸ STC 0090-2004-AA/TC, FJ. 2.

El Tribunal ha venido desestimando las pretensiones en casos en las cuales el trabajador procedió a cobrar la compensación por tiempo de servicios, criterio que ha venido aplicando en reiterada jurisprudencia (STC N° 532-2001 AA/TC, 3304-2007-AA/TC, 6198-2007-AA/TC y 5381-2006 AA/TC, entre otros), sobre la base de que el cobro de los beneficios sociales importa la extinción definitiva del vínculo laboral, “la demanda no puede ser acogida, toda vez que, (...) el demandante ha efectuado el cobro de sus beneficios sociales y, por lo mismo ha quedado extinguido el vínculo laboral que mantenía con [la] demandada”; criterio que si bien en un principio fue uniforme, a la fecha es motivo de discordia por lo que hace necesario unificar la jurisprudencia teniendo en cuenta que a la luz de la Constitución Política del Estado así como las normas vigentes, no solo se estaba permitiendo que se vulnera el derecho fundamental al trabajo mediante el despido sin causa, sino que se está atentando contra el derecho constitucional a la libertad de la persona al condicionar al trabajador de recurrir a la vía de amparo siempre que no haya hecho cobro de su compensación por tiempo de servicios; creemos que este condicionamiento no resulta viable en un Estado Social de Derecho, que otorga las garantías suficientes para el ejercicio de los derechos de los trabajadores, ni se condice tampoco con el carácter de beneficio social de previsión que ostenta la CTS. En dicho sentido, se ha pronunciado también la Corte Constitucional de Colombia, cuando ha afirmado que el no pago de la CTS implica dejar en estado de desprotección al trabajador, “pues si se reconoce en las cesantías un eficaz instrumento para atender a ciertas necesidades de los trabajadores, lo menos que se puede esperar de esta ayuda es que llegue en el momento oportuno” (Cfr. Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia T-661/97 del 3 de diciembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz)⁵²⁹.

— *Amparo contra normas legales.*

A pesar de que el artículo 200^o inciso 2 de la Constitución señala, en su segundo párrafo, que la acción de amparo no procede contra normas legales, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha interpretado que esta prohibición no es absoluta, sino que se limita a los casos de las normas heteroaplicativas, es decir, aquellas cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo. Por el contrario, el Tribunal ha señalado que la referida prohibición no opera cuando se trata de normas autoaplicativas, respecto de las cuales ha admitido la procedencia del proceso de amparo tanto por violación como por amenaza:

“Distinto es el caso de las denominadas normas autoaplicativas, es decir, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. En este supuesto, cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (v.g. el artículo 1^o del derogado Decreto Ley N.º 25446: ‘Cesar, a partir de la fecha, a los Vocales de las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales

⁵²⁹ STC 3052-2009-PA/TC, FF.JJ. 27-29. Asimismo, sobre el no consentimiento del agravio como presupuesto procesal general de amparo contra amparo, véase la STC N.º 04252-2011-PA/TC.

de Lima y Callao que se indican, cancelándose los Títulos correspondientes: (...)', y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (v.g. el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25454: 'No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación del Decretos Leyes N.ºs. 25423, 25442 y 25446.'). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable (...)

En tal sentido, sea por la amenaza cierta e inminente, o por la vulneración concreta a los derechos fundamentales que la entrada en vigencia que una norma autoaplicativa representa, la demanda de amparo interpuesta contra ésta deberá ser estimada, previo ejercicio del control difuso de constitucionalidad contra ella, y de determinándose su consecuente inaplicación”⁵³⁰.

Asimismo, cabe indicar que el Tribunal ha interpretado que, tratándose de afectaciones causadas por normas autoaplicativas, éstas deben entenderse como afectaciones de naturaleza continuada, razón por la cual su impugnación a través del proceso de amparo no está sujeta a *plazo prescriptorio*, de conformidad con lo establecido en el artículo 44º del Código Procesal Constitucional⁵³¹.

En suma, dado que nuestro Tribunal Constitucional ha admitido la procedencia del amparo directo contra normas autoaplicativas, y en la medida en que el artículo 3º del Código Procesal Constitucional habilita el amparo contra actos basados en normas, es posible afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico se ha adoptado la *tesis permisiva amplia* en relación al amparo contra normas legales.

— *Amparo contra laudos arbitrales.*

Pese a no contar con una regulación expresa en el Código, el Tribunal Constitucional ha interpretado que sí procede en nuestro ordenamiento jurídico el amparo contra laudos arbitrales. Revisemos cuál ha sido su postura sobre este tema.

— *Supuestos habilitantes.*

“[...] aunque resulta perfectamente legítimo acudir al proceso constitucional a efectos de cuestionar el carácter lesivo de los actos expedidos por la jurisdicción arbitral [...] ello sólo es posible cuando allí se obre de modo arbitrario, y por demás inconstitucional [...]

En el contexto descrito y en la lógica de concretizar de un modo más aproximativo los supuestos en que se habilitaría el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, este Tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que

⁵³⁰ STC 04677-2004-PA, FJ. 4.

⁵³¹ STC 03610-2008-PA, FJ. 15; STC 05961-2009-PA, FJ. 4; entre otras.

podría configurarse la citada variable fiscalizadora: a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, ésta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.)”⁵³².

— *Agotamiento de los mecanismos de impugnación.*

“Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulte lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje –Ley 26572– prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo.

Este requisito de procedibilidad se sustenta en el artículo 5°, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, que señala: ‘No proceden los procesos constitucionales cuando: 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus’. En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, además, en el artículo 45° del citado Código, que dispone: ‘El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo’. Ambos artículos refieren en su texto el concepto ‘vía previa’, que debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional; y que resulta exigible a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional.

Así, en el caso del proceso de arbitraje, la Ley 26572 dispone que los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos sólo proceden los recursos de apelación y anulación.

El recurso de apelación, de conformidad con el artículo 60° de la Ley General de Arbitraje, procede ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o está previsto en el reglamento arbitral de la institución a la que las partes sometieron su controversia.

Si el recurso de apelación fue interpuesto ante el Poder Judicial, ya no cabe la interposición del recurso de anulación, puesto que no son compatibles; en conse-

⁵³² STC 4972-2006-PA/TC, FF.JJ. 16 y 17.

cuencia, el presunto agraviado estará habilitado para recurrir al juez constitucional. De otro lado, si el recurso de apelación fue interpuesto ante una segunda instancia arbitral, deberá interponerse el recurso de anulación de laudo arbitral, previsto en el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje, ante el Poder Judicial.

El segundo recurso previsto en el artículo 60º de la Ley General de Arbitraje es el de anulación. Su objeto es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, y se interpone ante el Poder Judicial, por las causales establecidas en el artículo 73º de la Ley 26572. Agotado este proceso judicial, quien se sienta afectado en su derecho podrá recurrir al proceso de amparo.

La razonabilidad del agotamiento de la vía previa, como requisito de procedencia del proceso de amparo, se sustenta en la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje y en la efectiva posibilidad de que, ante la existencia de un acto infractor, este sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagrados en el artículo 139º de la Constitución; desarrollados para tal efecto por la Ley General de Arbitraje⁵³³.

No obstante, no ha sido sino con la expedición de la STC N.º 0142-2011-PA/TC, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha experimentado un importante giro en el devenir de su evolución, impulsado en buena cuenta por las recientes modificaciones operadas a nivel de la legislación ordinaria en materia de arbitraje (y en particular, la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1071, Ley General de Arbitraje). En efecto, partiendo de la consideración de que la especial naturaleza del arbitraje no supone en lo absoluto su desvinculación del esquema constitucional, el Tribunal reconoce que, si bien los criterios antes descritos no han perdido su vigencia e importancia, éstos requieren ser acoplados de una manera más directa a lo que expresamente ha previsto el Código Procesal Constitucional. Esta necesidad suya de unificar la jurisprudencia en materia de amparo arbitral, aunada a la constatación de una buena cantidad de procesos de este tipo que estaban en trámite ante la jurisdicción constitucional, es lo que finalmente ha llevado al Tribunal a emitir un precedente vinculante, bajo la clave (antes ignorada en el análisis del asunto) de que el amparo no es más un proceso alternativo, sino uno subsidiario o residual.

En ese sentido, el Tribunal ha señalado, con la fuerza propia que le otorga el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que:

- “a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.
- b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aún cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efec-

⁵³³ STC 1567-2006-PA/TC, FF.JJ. 15 al 19.

tiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26572.

- c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65º e inciso 1 del artículo 73º de la Ley N.º 26572, respectivamente.
- d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63º [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65º [inciso 1] y 73º [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).
- e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4º del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial⁵³⁴.

A pesar de todo, el Tribunal Constitucional admite tres situaciones excepcionales en las cuales sí cabe interponer un amparo contra laudo arbitral, al señalar:

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

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14º del Decreto Legislativo N.º 1071.

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante

⁵³⁴ STC 0142-2011-PA/TC, F.J. 20.

el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje⁵³⁵.

Finalmente, y en una interpretación que despeja muchas dudas generadas a nivel de la doctrina y jurisprudencia nacionales, el Tribunal ha aclarado que una consecuencia lógica y necesaria del carácter jurisdiccional del arbitraje consiste en que los tribunales arbitrales pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad previsto en el artículo 138º segundo párrafo de la Constitución, amén de la doble dimensión que caracteriza a los procesos arbitrales. Y así señala:

“Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; ‘por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º (...), más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla’ (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).

Esto resulta más evidente aún si se tiene en cuenta que, conforme ya ha destacado este Tribunal, ‘el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia’ (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11). En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera.

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

⁵³⁵ STC 0142-2011-PA/TC, F.J. 21.

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes⁵³⁶.

f) Legitimación procesal.

Aún cuando la regla general de legitimación activa en el amparo es aquella que otorga dicha legitimidad al propio afectado en su derecho fundamental, el Tribunal ha entendido que dicho supuesto puede ser relativizado en algunas circunstancias, cuando atendiendo a la dimensión objetiva de este proceso, esté en juego el orden jurídico constitucional. Así, ha establecido lo siguiente:

“Que el proceso de amparo que viene a conocimiento del Tribunal Constitucional tiene por objeto, según la demanda interpuesta en procuración oficiosa, evitar que se perpetre un fraude procesal, en razón de que este Colegiado, en la aludida sentencia de 21 de agosto de 2002, declaró que

No habiendo cumplido el demandante quince años de servicios al Estado, no pueden computarse, antes o después, a su favor, los cuatro años de formación profesional, según el título otorgado el 14 de setiembre de 1971 por la Universidad Nacional de Trujillo, en aplicación del artículo 41.º del Decreto Ley N.º 20530, modificado por el artículo 1.º de la Ley N.º 24156.

Que en el caso, es aplicable el artículo 38 de la Constitución, que establece que es deber de todos los peruanos honrar al Perú y proteger los intereses nacionales, así como respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación; y, por lo tanto, se trata de un interés difuso cuya titularidad corresponde a la población en su conjunto, de acuerdo con el artículo 82 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, conforme a los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁵³⁷.

Este supuesto, de suyo excepcional, sin embargo se ve complementado por la propia regulación establecida en el artículo 40 del C.P.Const., según la cual en el caso de intereses difusos reconocidos a nivel constitucional, la demanda puede ser planteada por cualquier persona. En efecto, el surgimiento de estos derechos de tercera generación, como los derechos del medio ambiente, de los consumidores y usuarios, entre otros ha hecho inflexionar la doctrina procesal clásica y ha ampliado el marco de legitimación procesal. Respecto a este asunto, recogiendo lo establecido por la doctrina, el TC ha establecido la definición y diferencias entre los intereses colectivos, los intereses difusos y los individuales homogéneos. Veamos:

⁵³⁶ STC 0142-2011-PA/TC, F.J. 24 al 26. Sobre la aplicación de este precedente vinculante, véase, por todas, la RTC N.º 03879-2011-PA/TC, F.J. 6. Asimismo, sobre el trámite del “recurso” de anulación de laudo arbitral y sus medios de impugnación, revítese la RTC N.º 0461-2012-PA/TC, F.J. 6 al 10.

⁵³⁷ RTC 0736-2007-AA/TC, FF.JJ. 3-6.

“(los intereses difusos y los derechos colectivos) comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de una conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos.

Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables.

Parte de la doctrina y la legislación brasileña (...) los identifican según sus titulares se encuentran ligados por circunstancias de hechos (intereses difusos) o bien si pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria debido a una relación jurídica base (intereses colectivos).

Los derechos individuales homogéneos se distinguen de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos), en que aquellos son auténticos 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.

La tutela colectiva de los derechos esencialmente individuales descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante⁵³⁸.

Por otro lado, el TC ha destacado que en estos supuestos se presenta tanto una legitimación colectiva, al poder cualquier persona o, en su caso, quien pertenece al grupo afectado, demandar; o una legitimación institucional, cuando reconoce legitimidad no sólo a ciertas instituciones estatales como la Defensoría del Pueblo, sino cuando establece que dicha legitimidad reside también en las asociaciones creadas para tal fin. Veamos:

“(...) el CPConst. acoge un tipo de legitimidad colectiva o especial en cuanto permite que cualquier persona pueda accionar judicialmente a fin de tutelar el ambiente. Ello implica que la persona que gestiona e interpone la demanda puede formar parte de la comunidad que se ve afectada de manera inmediata o ser un sujeto ajeno a tal comunidad. Adicionalmente incluye una legitimidad institucional que faculta a las asociaciones sin fines de lucro que desarrollen actividad relativa a la temática (v.g. asociaciones ambientalistas) para que puedan actuar en defensa de la comunidad. Desde luego esta última puede integrarse con el artículo 82° del CPC, de tal forma que se incluya al Ministerio Público y a los Gobiernos Locales o Regionales cuando la amenaza o el daño al ambiente se produzca dentro de los ámbitos de su competencia. En suma estas disposiciones amplían el ámbito de protección de tal derecho al extender o ampliar la legitimidad de las personas facultadas para iniciar procesos judiciales en su defensa⁵³⁹.

⁵³⁸ STC 04878-2008-AA/TC, FJ. 32.

⁵³⁹ STC 05270-2005-PA/TC, FJ. 11.

Finalmente, el TC ha destacado que algunas entidades de derecho público, no obstante no ser titulares de derechos fundamentales, pueden plantear una demanda de amparo en defensa de intereses colectivos o difusos. Ello en razón a su especial “deber de protección” que ostentan sobre dichos intereses. Veamos.

“Que la Empresa de Servicios de Agua y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) interpone demanda de amparo en tutela de los derechos al medio ambiente adecuado y equilibrado, la propiedad y el derecho a la vida e integridad física y psíquica de los pobladores circundantes al Colector Costanero. Es decir, no actúa en el presente proceso en defensa de un interés subjetivo propio o derecho fundamental afectado directamente a dicha empresa como consecuencia de la ejecución de las decisiones judiciales que refiere, sino en defensa de un interés difuso y la protección de los derechos fundamentales de los pobladores que se verían afectados por el colapso del Colector Costanero. En este sentido, es necesario tener en cuenta que de acuerdo al artículo 40 del C.P.Const., “puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los derechos referidos”.

Si bien el Código habilita a cualquier persona a interponer una demanda de amparo en defensa de un interés difuso, en el presente caso hay que tener en cuenta que la empresa demandante (SEDAPAL) es una empresa estatal que, como ente público, no ostenta en principio la titularidad de derechos fundamentales, tal y como lo ha expresado este Colegiado en otras oportunidades; por lo que carecería de la legitimidad procesal necesaria para actuar en el presente proceso. Sin embargo, también es preciso considerar que la empresa demandante, en tanto entidad estatal especialmente encargada de proveer y vigilar la calidad de los servicios de agua y alcantarillado, tiene entre sus competencias y deberes funcionales la de cuidar y preservar la vida, salud y el medio ambiente adecuado y equilibrado de las personas a quienes provee sus servicios; es decir, cuenta con un “deber de protección” respecto a los derechos fundamentales invocados; deber cuyo contenido alcanza, entre otras cosas, la de utilizar los recursos judiciales que fueren necesarios, para impedir la afectación de los referidos derechos. Dicho deber de protección que tiene todo ente estatal respecto de los derechos fundamentales, especialmente relevante para SEDAPAL en el caso de autos, es el que justifica pues la habilitación de la legitimación procesal para interponer la presente demanda de amparo”⁵⁴⁰.

g) Rechazo liminar.

El rechazo liminar de la demanda se encuentra expresamente regulado en el artículo 47 del C.P.Const, según el cual, al calificar la demanda de amparo, el Juez que considere que ella resulta manifiestamente improcedente podrá declararlo así, expresando los fundamentos de su decisión. Sin lugar a dudas, esta potestad del juez constitucional reditúa importantes ventajas para desechar demandas manifiestamente inoficiosas que no hacen más que retardar la atención de los casos verdaderamente relevantes. Sin embargo, debe acotarse que el indebido rechazo liminar verificado por el Tribunal Constitucional ha planteado desde siempre la necesidad de

⁵⁴⁰ STC 5111-2008-PA/TC, FJ. 3.

optar entre dos alternativas: o declarar la nulidad de todo lo actuado o entrar al fondo del asunto. Veamos cuál ha sido la posición del Tribunal sobre este último asunto.

— *Declaración de invalidez.*

“[...] una declaración de nulidad de todo lo actuado, por el sólo hecho de servir a la ley, y no porque se justifique en la protección de algún bien constitucionalmente relevante, devendría en un exceso de ritualismo procesal incompatible con el (...) logro de los fines de los procesos constitucionales, como ahora establece el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”⁵⁴¹.

“[L]a declaración de invalidez de todo lo actuado sólo es procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar”⁵⁴².

— *Supuestos para declarar la invalidez de todo lo actuado.*

“Desde esta perspectiva, la declaración de invalidez de todo lo actuado sólo es procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar.

Tal construcción jurisprudencial [...] se ha sustentado en diferentes principios propios a la naturaleza y fines de los procesos constitucionales y, particularmente, en los de a) economía, b) informalidad y c) la naturaleza objetiva de los procesos de tutela de derechos fundamentales”⁵⁴³.

— *Supuestos para entrar al fondo del asunto.*

“Frente a este supuesto [rechazo liminar] un pronunciamiento sobre el fondo dependerá de la verificación de diversas situaciones; es decir, cuando se compruebe la agresión del derecho fundamental invocado en lo concerniente a su ámbito constitucionalmente protegido, cuando se revisen demandas manifiestamente infundadas y cuando se evalúen casos en los que a pesar de haberse tutelado el derecho se haya desestimado el pedido de reparación o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales. Asimismo, procederá emitir un pronunciamiento de fondo en atención a las circunstancias excepcionales que permiten conocer una pretensión que no corresponde al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental. Así, debe precisarse que la jurisprudencia es uniforme al señalar que si de los actuados se evidencian los suficientes elementos

⁵⁴¹ STC 4587-2004-PA/TC, FJ. 18.

⁵⁴² STC 4587-2004-PA/TC, FJ. 10.

⁵⁴³ STC 4587-2004-AA/TC, FF.JJ. 15 y 16. Sobre la razonabilidad del rechazo de la demanda de mparo, revisar RTC N.º 03802-2011-PA/TC, FJ. 8al 11.

de juicio que permitan dilucidar el resultado del proceso, resulta innecesario condenar al recurrente a que vuelva a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicia o se dilata no obstante el tiempo transcurrido, más aún si se tiene en cuenta [...] que se ha dado cumplimiento al artículo 47 del Código Procesal Constitucional; vale decir, poner en conocimiento de la emplazada el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que rechazó liminarmente la demanda y de la resolución concesoria, con el objeto que exprese lo conveniente. Por ello, al haberse garantizado el derecho de defensa de la demandada y al verificarse de los actuados que se cuenta con los suficientes elementos que permiten dilucidar la controversia, debe privilegiarse la tutela urgente del derecho fundamental a la pensión y dar solución a la controversia. Por tal motivo, en aplicación de los principios de economía y celeridad procesal, este Colegiado considera viable emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto”⁵⁴⁴.

h) Medida cautelar.

En consonancia con la tutela de urgencia que caracteriza (o debiera caracterizar) al proceso de amparo, el C.P.Const. ha recogido un buen número de instituciones procesales que están orientadas precisamente a conseguir ese objetivo. Así pues, figuras tales como la medida cautelar, la actuación inmediata de la sentencia, la represión de los actos lesivos homogéneos, entre otras, constituyen importantes mecanismos para contrarrestar uno de los males necesarios que aquejan a la justicia constitucional: el tiempo procesal. A continuación, revisaremos cuál ha sido el parecer del Tribunal sobre las medidas cautelares en el amparo.

— Relación entre tutela cautelar y debido proceso.

“Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139.º inciso 3), de la Constitución [...]

De lo cual se desprende que la función de la medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos [...]

Así, las medidas cautelares son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de amparo. Es por eso que el profesor Calamandrei la configura como instrumentos del instrumento”⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ STC 06351-2006-PA/TC, FJ. 2. Sobre el rechazo liminar contradictorio y el pronunciamiento de fondo en el amparo, véase la STC N.º 03826-2011-PA/TC.

⁵⁴⁵ STC 0023-2005-AI/TC, FF.JJ. 49 y 50.

— *Relación entre tutela cautelar y tutela judicial efectiva.*

“Orientadas a este cumplimiento pleno se hallan justamente las medidas cautelares. A través de ellas se garantiza el aseguramiento del cumplimiento de una sentencia estimatoria, posibilitando que el tiempo que toma el decurso del proceso y las incidencias de éste no comporten la inejecutabilidad de la sentencia o su ejecución incompleta o insuficiente. Dado que las medidas cautelares cumplen tan importante función con respecto a la efectividad de la tutela jurisdiccional, ellas advienen en una institución que conforma este derecho, una institución a través de la cual se garantiza la efectividad de la tutela jurisdiccional. El derecho a la tutela judicial efectiva protege también el acceso a una medida cautelar y su mantenimiento, siempre y cuando no varíen los presupuestos que la han habilitado. En consecuencia, si dicha medida es dejada sin efecto de manera no conforme a derecho, esto es, de manera contraria a la ley, tal acto constituye una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva”⁵⁴⁶.

— *Control constitucional de la medida cautelar: firmeza de la medida cautelar.*

“Con relación a la primera cuestión, esto es, la posibilidad o no del control constitucional a través del proceso de amparo de lo resuelto en el trámite judicial de una medida cautelar, ambas instancias judiciales han tomado como argumento central de rechazo de la demanda, la consideración de que en el trámite de una medida cautelar no se estaría ante una resolución firme y definitiva, puesto que según sostienen, constituye una característica consustancial a toda medida cautelar, el que éstas sean provisionales y, por tanto, variables en el tiempo [...]”

Este Colegiado no comparte el criterio propuesto por las instancias judiciales. Tal como ha sido sustentado por la parte demandante, una cosa es que una decisión tenga el carácter de firme por que es inatacable mediante los recursos procesales previstos, y otra que la misma sea inmutable o “inalterable” porque sea una decisión jurisdiccional definitiva. La confusión de conceptos lleva a las instancias judiciales a la errónea interpretación de que cuando estamos frente a decisiones producidas en el trámite de medidas cautelares, como éstas no son “inmutables” (pues siempre existe la posibilidad de su variabilidad por tratarse de medidas provisionales), ergo no cabe su control a través del proceso de amparo, ya que conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional, para que ello suceda debe tratarse de “resoluciones judiciales firmes”. La categoría de resolución firme, debe ser comprendida al margen del trámite integral del proceso, pues ello permite que incluso un auto, y no sólo la sentencia que pone fin al proceso, puedan merecer control por parte del Juez Constitucional. La condición es, en todo caso, que su trámite autónomo (y la medida cautelar tiene una tramitación autónoma) haya generado una decisión firme, esto es, una situación procesal en la que ya no es posible hacer prosperar ningún otro recurso o remedio procesal que logre revertir la situación denunciada.

⁵⁴⁶ STC 06356-2006-PA/TC, FJ. 9.

[...] No es pues la naturaleza provisional o transitoria del acto o resolución judicial lo que determina que prospere o no una garantía constitucional como es el Amparo, sino en todo caso, la constatación de que se ha afectado de modo manifiesto alguno de los contenidos constitucionales protegidos a través de los procesos constitucionales, y que, el afectado con tales actos o resoluciones, haya agotado los medios procesales de defensa o impugnación, de modo que la decisión que viene al Juez Constitucional sea una que ha adquirido firmeza en su trámite procesal.

En el caso de las medidas cautelares, dicha firmeza se alcanza con la apelación y su confirmatoria por la Sala, con lo cual, una vez emitida la resolución de segunda instancia queda habilitada la vía del amparo si es que la violación o amenaza continúa vigente. De lo contrario, se estaría creando zonas de intangibilidad, que no pueden ser controladas hasta que concluya el proceso judicial principal. Se dejaría de este modo al arbitrio judicial sin ningún mecanismo de control a través de los procesos constitucionales. En este sentido, debe recordarse que la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez. En consecuencia, el pretender cerrar la posibilidad de su control jurisdiccional a través de los procesos constitucionales, resulta en este sentido manifiestamente incongruente con los postulados básicos del Estado Democrático de Derecho, entre éstos, con el principio de interdicción de la arbitrariedad reconocido por nuestra propia jurisprudencia (...)⁵⁴⁷.

— *Presupuestos de la medida cautelar.*

— *Fumus boni iuris.*

“Según este supuesto, si la medida cautelar tiende a asegurar la efectiva tutela de una pretensión principal, es razonable que la adopción de esta medida tenga como presupuesto ‘la apariencia de buen derecho constitucional’, que no responde a que la pretensión sea probablemente estimada (juicio subjetivo), sino a que la misma pueda serlo (juicio objetivo). De allí que lo que se exige del juzgador en este caso es un juicio simple de verosimilitud, es decir, que mediante los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar se genere en el juez la apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declararía fundada la demanda. No se le exige al juez un juicio de certeza, pues éste es exigible al momento de sentenciar.

Lo que constituye un análisis distinto a la probanza de la existencia del derecho alegado por el actor, dado que la titularidad de los derechos fundamentales recae en toda persona humana, de conformidad con lo establecido en el Capítulo I, Título I, de la Constitución. De lo cual se deriva una importante consecuencia procesal; que ‘La apariencia de buen derecho es algo que, en principio, podría deducirse del hecho mismo de haber sido admitida a trámite la demanda, pues al tiempo de dic-

⁵⁴⁷ STC 1209-2006-PA/TC, FF.JJ. 6 al 12.

tar la resolución en que así se acuerda siempre se realiza un análisis de su contenido constitucional y, por ende, de su potencial viabilidad. Pero junto a esa inicial apariencia de buen derecho, lo esencial es la justificación del peligro que representa el perjuicio que, de no acordarse la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada en amparo, se ocasionaría al demandante”⁵⁴⁸.

— *Periculum in mora.*

“Este presupuesto se encuentra referido al daño constitucional que se produciría o agravaría, como consecuencia del transcurso del tiempo, si la medida cautelar no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia que ponga fin al proceso.

Si bien la carga de la prueba, recae en el demandante, es necesario matizar esta afirmación a nivel de los procesos constitucionales, pues ‘de lo que se trata es de que se acredite, al menos, un principio razonable de prueba al respecto. El perjuicio que se alegue como derivado del peligro que justifique la adopción de la medida, ha de ser real y efectivo, nunca hipotético, y, además, de gravedad tal que sus consecuencias sean irreparables’ [...]

Y en este punto cabe destacar los límites al perjuicio del demandante de amparo, reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia comparada:

Primero. Que de la suspensión se siga una perturbación grave de los intereses generales y de los bienes constitucionales de carácter objetivo, como lo constituye la gobernabilidad y el afianzamiento de las competencias de los gobiernos locales y regionales.

Segundo. Que produzca una perturbación grave de los derechos fundamentales o libertades públicas de terceros”⁵⁴⁹.

— *Adecuación.*

“Este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue”⁵⁵⁰.

— *No irreversibilidad.*

“[...] la medida cautelar debe constituir una tutela de urgencia, por lo que para ser concedida no se debe superar el límite de la irreversibilidad, es decir, que en modo alguno la medida cautelar debe ocasionar consecuencias que después no puedan ser revertidas”⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ STC 023-2005-AI/TC, FJ. 52. Cabe mencionar que para brindar esta definición, el Tribunal se apoya en MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José: *Amparo constitucional y proceso civil*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

⁵⁴⁹ STC 023-2005-AI/TC, FJ. 52. Cabe mencionar que para brindar esta definición, el Tribunal se apoya en VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Colex, 1993.

⁵⁵⁰ STC 023-2005-AI/TC, FJ. 52.

⁵⁵¹ STC 023-2005-AI/TC, FJ. 47.

— *Control constitucional de la medida cautelar: proporcionalidad.*

“Todas estas posibilidades [...] ponen de manifiesto la necesidad de ingresar a una análisis más estricto sobre las potestades cautelares y la posibilidad de afectación del principio de proporcionalidad a que está sujeto, en última instancia, todo poder en el Estado democrático. De este modo, el Tribunal considera que no es la congruencia procesal, que no siempre alcanza relevancia constitucional, la que debe analizarse en el caso de autos, sino la posibilidad de que la medida cautelar dictada haya violado el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, devenga en una decisión contraria a la Constitución por desproporcionada y por que además, una decisión judicial con tales características viola el principio de tutela jurisdiccional previsto en el artículo 139.3 de la Constitución [...]

En la medida que las decisiones judiciales tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales, la invocación del principio de proporcionalidad resulta plenamente válida también tratándose del control de este tipo de decisiones. El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto”⁵⁵².

— *Tipos de medida cautelar en el amparo.*

“En consecuencia, la efectividad que se busca garantizar, si en el procedimiento cautelar en el ámbito jurisdiccional civil está orientada a la anticipación provisional de la pretensión interpuesta por el actor; la situación no es la misma en el proceso de amparo, donde la medida cautelar no pasa de ser una medida provisional de conservación de un derecho fundamental. En este sentido se debe sostener que la medida cautelar no puede anticipar lo que es el contenido de la pretensión de amparo, sino la verosimilitud de la afectación de un derecho; de lo contrario la medida cautelar excedería la finalidad perseguida por el artículo 15 del CPConst.

Por ejemplo, si se accediese a otorgar la suspensión pedida mediante medida cautelar, que suponga dejar sin efecto unas diligencias de investigación realizadas en el marco de un proceso civil, cuya irregularidad es precisamente lo que el actor somete a la decisión del Tribunal Constitucional. En este caso, la adopción de la medida cautelar bloquearía toda la actividad emprendida de oficio por el Juez y se confundiría con el objeto del presente proceso, de tal manera que el pronunciamiento supondría otorgamiento anticipado del amparo. Además, la suspensión que se pide, aunque instalada respecto de determinadas resoluciones, supondría la real paralización del proceso en curso”⁵⁵³.

⁵⁵² STC 1209-2006-PA/TC, FJ. 53.

⁵⁵³ STC 023-2005-AI/TC, FJ. 31.

— *Efecto no suspensivo de la apelación de la medida cautelar.*

“[E]l artículo 15º del CPCConst, ha determinado que, en caso de que así lo determine la judicatura, el recurso de apelación interpuesto contra una resolución que concede una medida cautelar, se otorgará sin efecto suspensivo. De ello deriva un deber constitucional de ejecutar lo decidido por la judicatura desde el mismo instante en que se es notificado con la resolución cautelar estimatoria.

En caso contrario, existirá una afectación al derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales (artículo 139, 2 de la Constitución) y, en definitiva, al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, 3)”⁵⁵⁴.

— *El derecho a ser oído en el trámite de la medida cautelar.*

“En lo que toca a la materia de debate en el presente caso, es materia de impugnación la resolución de fecha 27 de marzo de 2008, que declara no ha lugar el uso de la palabra en la vista de causa del trámite de la cautelar en segunda instancia. Si como acabamos de sostener, una decisión cautelar que suspende la ejecución de lo decidido en un primer amparo, sobre todo cuando se trata de la reposición de un trabajador, puede afectar gravemente los derechos de éste, no sólo al trabajo, sino también al mínimo vital, debe resultar mínimamente posible y exigible desde todo punto de vista, que el afectado con la medida cautelar, o lo que es lo mismo, el afectado con la suspensión de los efectos de la sentencia del primer amparo, tenga posibilidad de confrontar, contradecir y refutar los argumentos expuestos por quien solicitó la cautelar. Si además tenemos en cuenta que dicha posibilidad sólo puede darse en segunda instancia, en tanto en primera instancia la medida cautelar se dicta inaudita parte, dicha exigencia en la segunda instancia del incidente cautelar se hace mucho más forzosa.

En esta medida es que consideramos ineludible que, en aplicación además del principio de inmediación recogido en el artículo III del Código Procesal Constitucional, el afectado con una medida cautelar pueda en segunda instancia tener derecho al uso de la palabra, como manifestación concreta del derecho a ser oído, contenido en el artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica y el derecho de defensa garantizado por el artículo 139.14 de la Constitución; por lo que estimamos que la demanda debe ser declarada fundada, ordenándose la nulidad de las resoluciones cuestionadas y disponerse el uso de la palabra a la parte afectada con la medida cautelar ordenada”⁵⁵⁵.

— *Medida cautelar en “amparo contra amparo”.*

“Además de lo señalado en el párrafo precedente, es necesario tener en cuenta que, en procesos de amparo cuya materia verse sobre reposición de trabajadores, donde los derechos cuya protección se pretende tienen un engarce esencial con el derecho al mínimo vital de la persona del trabajador y su familia, lo que podría suceder también en casos de amparos previsionales ganados en dos instancias por el

⁵⁵⁴ STC 2730-2006-PA/TC, FJ. 87.

⁵⁵⁵ STC 3545-2009-PA/TC, FF.JJ. 8-10.

pensionista, la suspensión de los efectos de la decisión adoptada en el primer amparo, producto de una medida cautelar dictada en un segundo amparo, puede ocasionar sobre el derecho al mínimo vital un grave perjuicio, que no debería consentirse, sobre todo cuando quienes son afectados con la medida cautelar dictada en un segundo amparo ya tienen declarado su derecho en un proceso de amparo anterior con autoridad de cosa juzgada.

¿Cómo puede explicar la justicia constitucional a un trabajador o un pensionista que ganó un proceso de amparo en dos instancias y cuya sentencia, que ordenó la reposición de sus derechos con autoridad de cosa juzgada, no pueda ejecutar la decisión que lo amparó porque quien perdió en el proceso de amparo ha logrado suspender, en la vía judicial, sólo con una cautelar los efectos de dicha decisión?

Si tenemos en cuenta entonces, que toda medida cautelar tiene entre sus elementos constitutivos, legalmente declarados, la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora, difícilmente pueda sostenerse que una cautelar, dictada en un segundo amparo, tenga la aptitud legal para suspender lo decidido en un primer proceso de amparo con calidad de cosa juzgada. Si bien la calidad de cosa juzgada se relativiza cuando una sentencia dictada en un proceso judicial es expedida sin respetar la tutela procesal efectiva o el orden material de valores inscrito en la Constitución, merced a lo cual pueda discutirse en un proceso de amparo la validez de la decisión emitida, cuestión distinta es que dicha decisión judicial, impugnada y sujeta a evaluación, pueda ser suspendida a través de una cautelar. Y es que, sólo con mucho esfuerzo interpretativo, podría afirmarse que, por ejemplo, la medida cautelar que suspende la ejecución de lo decidido en un primer amparo, ha atendido al supuesto del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. Lo correcto, de ordinario, es considerar que no podría presentarse dicho supuesto cuando lo que se pretende suspender es una decisión jurisdiccional de segunda instancia dictada en un proceso de amparo. En este caso, pues, ya el órgano jurisdiccional se ha encargado de decir, en sentencia que se ha pronunciado sobre el fondo del asunto y luego del debate procesal correspondiente, a quién le asiste el derecho, por lo que constituiría contrario a toda lógica que un juez de probabilidades, como es el juez de una cautelar, diga que, más bien, el derecho corresponde, “posiblemente”, a quien perdió en el primer proceso.

Además de ello, el supuesto del peligro en la demora, si bien podría presentarse, como objeto de una cautelar en un segundo amparo, en tanto la decisión adoptada en el primer amparo y que se considera contraria a la Constitución, si se ejecutara podría afectar los derechos fundamentales del recurrente del segundo amparo, también es cierto que el requisito del peligro en la demora debe apreciarse en el plano de aplicación del principio de proporcionalidad. Así, la evaluación del cumplimiento de este requisito no sólo debe efectuarse atendiendo a los derechos del solicitante de la cautelar, sino del afectado con la misma, que en este caso siendo que es la parte cuyos derechos fundamentales ya fueron declarados y protegidos en el primer amparo, no sólo verá afectados estos derechos en un lapso irrazonable, sino también la fundada expectativa de que se cumpla la decisión que los acogió en instancia definitiva, es decir vería afectado también su derecho a la ejecución de las decisiones judiciales. Por lo demás, como ya dijimos, el hecho de que la cautelar que

pretenda suspender los efectos de la decisión adoptada en un primer amparo, verse sobre reposición de trabajadores o derechos previsionales, la suspensión de lo decidido en el primer amparo supondrá la prolongada afectación del derecho al mínimo vital de la persona del trabajador o pensionista.

Es en este contexto, que el Tribunal Constitucional en reciente jurisprudencia emitida con la calidad de precedente vinculante (STC 4650-2007-PA/TC) ha dispuesto que para poder impugnarse mediante proceso de amparo un anterior proceso de amparo que ordenaba la reposición de un trabajador, es necesario que el empleador haya repuesto al trabajador en su puesto u otro similar, esto es, cumplido la decisión emitida en el primer amparo, para que pueda proceder y admitirse a trámite la segunda demanda de amparo. Esta jurisprudencia si bien no es aplicable al caso concreto, pues ha sido emitida con posterioridad a la resolución que ordenó se admita a trámite la segunda demanda de amparo, y posterior inclusive a las dos resoluciones que han declarado fundada la medida cautelar, y que han ordenado la no reposición de los trabajadores del BCR, las razones que han sustentado este reciente precedente del Colegiado deben ser tomadas en cuenta como argumentos valorativos de cara a la evaluación de procedencia de la mencionada medida cautelar, atendiendo además, a las implicancias que tiene para un trabajador ver prolongado un juicio de reposición, que creía ya ganado, sin que cuente con los medios necesarios para la subsistencia”⁵⁵⁶.

i) La prueba en el proceso de amparo.

Aún cuando el artículo 9 del C.P.Const. ha establecido que en el amparo no existe una etapa de actuación probatoria, el Tribunal ha utilizado la excepción contenida en la misma norma, según la cual el juez constitucional puede actuar la prueba que estime pertinente, para recabar la información necesaria que permita establecer la vulneración de un derecho fundamental. Así, ha hecho uso de los pedidos de información, de informes de *amicus curiae*, entre otros para producir la prueba que lleve al establecimiento de la verdad en el proceso constitucional. Veamos, pues, cómo ha interpretado el TC este poder-deber del juez constitucional de actuar prueba de oficio en el amparo:

“La carencia de la etapa probatoria se debe a que el proceso de amparo solo tiene por finalidad reestablecer el ejercicio de un derecho constitucional. Su objetivo es eminentemente restitutorio, es decir, solo analiza si el acto reclamado es lesivo de un derecho reconocido por la Constitución. Las pruebas se presentan en la etapa postulatoria, siendo improcedentes las que requieran de actuación.

Si bien el artículo 9º del referido Código limita y establece la ausencia de esta acción probatoria en los procesos constitucionales, también es cierto que existe una excepción a la regla cuando en la segunda parte del mismo artículo se permite “(...) la realización de actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso”.

Desde esta perspectiva, lo que existe en realidad es solo una limitación de la actuación probatoria, pues en la práctica es indispensable la presentación de pruebas que acrediten la violación o amenaza de un derecho constitucional.

⁵⁵⁶ STC 3545-2009-PA/TC, FF.JJ. 4-7.

La excepción a la regla tiene como fundamento lo previsto en el artículo 1º del Código, en el sentido de que la finalidad de todos los procesos de derechos humanos es “(...) proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional”. Partiendo de esta premisa, este Tribunal tiene el deber inexcusable de realizar cualquier actuación probatoria que considere necesario siempre que con ello no se afecte la duración del proceso. Es en este contexto que se explica la facultad del Tribunal Constitucional para solicitar, por ejemplo, la participación de un *amicus curiae*, tal como sucedió en la STC 7435-2006-PA/TC al amparo del artículo 13-A de su Reglamento Normativo⁵⁵⁷.

Por otro lado, en reciente jurisprudencia el Tribunal ha dispuesto, innovando en la regla usual sobre la carga de la prueba en el amparo, que en el caso de producirse una discriminación por motivos sospechosos, el acto lesivo se reputa inconstitucional, recayendo en el ente infractor la probanza sobre la legitimidad constitucional de la medida. Veamos esta postura del TC:

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

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

En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su artículo 2.º, numeral 2) que “[t]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, y agrega a continuación que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares.

Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación, sea ésta directa o indirecta, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas: i) en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, probar que dicha discriminación no se ha producido; ii) en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un control estricto, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la imperiosa necesidad de la misma; y finalmente iii) en caso de duda, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ STC 3081-2007-PA/TC, FJ. 2-4.

⁵⁵⁸ STC 2317-2010-PA/TC, FF.JJ. 32-34.

j) La actuación inmediata de la sentencia.

Al igual que la medida cautelar, la institución procesal de la actuación inmediata de la sentencia, también denominada “ejecución provisional” en el derecho comparado, representa un avance de nuestro C.P.Const. en el intento de configurar al amparo como una verdadera tutela de urgencia. Por lo demás, una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha decantado por reconocer y desarrollar esta importante figura procesal en el amparo, dejando zanjadas así las controversias académicas alrededor de la norma contenida en el artículo 22 del Código. Veamos en qué consiste el parecer del Colegiado sobre este asunto.

— *Reconocimiento de la institución procesal.*

“[A] diferencia del modelo procesal de la derogada Ley N° 23506 y normas conexas, el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, ha incorporado para los procesos de tutela de derechos el régimen de actuación inmediata de sentencias, conforme al cual el juzgador se encuentra habilitado para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior. Bajo dicho marco referencial, no es aceptable, entonces, que bajo el pretexto del acceso a una instancia distinta por el lado de la contraparte, el juez constitucional renuncie a dar cumplimiento efectivo a su sentencia”⁵⁵⁹.

“La sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales debe ser actuada en forma inmediata, lo que es acorde con la protección judicial rápida y efectiva que debe existir en materia de amenaza o violación de estos derechos, sin perjuicio de que se interponga un recurso de apelación. Esta opción ha sido acogida por el artículo 22° del Código Procesal Constitucional”⁵⁶⁰.

— *Justificación.*

“[A]quello que se busca con la actuación inmediata no es otra cosa que brindar una tutela oportuna de los derechos fundamentales ante una situación manifiestamente injusta; ello toda vez que, mientras el acto lesivo suele producirse de manera inmediata, la restitución del derecho conculcado, en contraste, depende de que el juez constitucional, luego de un proceso en el que se resguarden los derechos de ambas partes, resuelva la controversia en sentido favorable al demandante.

Por esta razón, bien puede afirmarse que la actuación inmediata, junto a otras instituciones procesales como las medidas cautelares o las autosatisfactivas, comparte con ellas un objetivo común: impedir que la duración del proceso se convierta en una negación anticipada de tutela, sobre todo cuando resulta evidente que la razón le asiste al demandante y que la parte demandada, abusando de su derecho a la pluralidad de instancias, cuestiona lo resuelto en primer grado esgrimiendo argumentos manifiestamente impertinentes con la intención de dilatar innecesariamente la culminación del proceso”⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ STC 5994-2005-PHC/TC, F.J. 3.

⁵⁶⁰ STC 4878-2008-PA/TC, F.J. 56; reiterado en STC 5287-2008-PA/TC, F.J. 28.

⁵⁶¹ STC 00607-2009-PA/TC, FF.JJ. 28 y 29.

“[A]l cumplir una función básicamente satisfactiva, la actuación inmediata se halla en perfecta consonancia con el nuevo estado de cosas que se conforma una vez dictada la sentencia de primer grado favorable al demandante en el amparo. En efecto, en semejante contexto, resulta legítimo preguntarse: ¿quién debe soportar la pendencia del proceso por la articulación de un recurso: la parte que ya cuenta con una decisión o quien requiere la revisión? Pues bien, el instituto procesal de la actuación inmediata no hace otra cosa que asistir a quien ha demostrado, ante el juez de primer grado, merecer la protección jurisdiccional”⁵⁶².

“[...] la actuación inmediata de la sentencia estimatoria constituye una institución procesal de suma importancia y utilidad para la efectiva concreción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como quiera que ella se dirige a conjurar daños irreparables, a evitar el abuso procesal de la institución de la apelación y a (re)asignar al juez de primera instancia un rol protagónico y estratégico en la cadena de protección de los derechos fundamentales”⁵⁶³.

— *Actuación inmediata y proceso de amparo.*

“[T]eniendo el proceso de amparo como fin primordial la protección de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución, parece correcto afirmar que la actuación inmediata se revela entonces como una herramienta de primerísimo orden para la materialización de aquella tutela urgentísima y perentoria que aquel proceso debe representar; lo que, a su vez, se halla en consonancia con aquel ‘recurso sencillo y rápido’ para la defensa de los derechos al que alude el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁵⁶⁴.

— *Ponderación entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la doble instancia.*

“[E]n la temática de la actuación inmediata aparecen contrapuestos, por un lado, el derecho de la parte demandante a quien el juez de primer grado ha dado la razón para hacer cumplir una decisión que le beneficia (lo que deriva de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 139.3 de la Constitución); y, por otra parte, el derecho del demandado a impugnar esa decisión ante una segunda instancia (facultad reconocida también por la Norma Fundamental en su artículo 139.6)”⁵⁶⁵.

— *Efecto suspensivo no es parte del derecho a la pluralidad de instancias.*

“[A] diferencia de lo que sucede con la actuación inmediata en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, el efecto suspensivo de los recursos no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias.

⁵⁶² STC 00607-2009-PA/TC, FJ. 49.

⁵⁶³ STC 00607-2009-PA/TC, FJ. 61.

⁵⁶⁴ STC 00607-2009-PA/TC, FJ. 36.

⁵⁶⁵ STC 00607-2009-PA/TC, FJ. 44.

En efecto, todo recurso de apelación –como ya hemos señalado supra– tiene por contenido necesario la simple revisión de la decisión judicial por un órgano superior, pero en modo alguno conlleva un derecho similar a la estimación del recurso. Y es que, en buena cuenta, la subsanación del supuesto error impugnado constituye tan sólo un efecto probable, mas no de seguro cumplimiento, de los medios impugnatorios. En esa medida, pues, puede afirmarse que el régimen de efecto suspensivo de los recursos, al impedir la ejecución de la sentencia apelada, termina garantizando al demandado un resultado que es sólo contingente y aleatorio; lo que contrasta, en todo caso, con el derecho cierto del demandante que ha sido reconocido en la sentencia estimatoria de primer grado.

En cualquier caso, este Tribunal estima que una medida igualmente adecuada al fin perseguido por el régimen de efecto suspensivo de los recursos, pero menos lesiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, podría consistir en la prohibición dirigida al juez de conceder toda aquella actuación inmediata que genere un estado de cosas tal que no pueda revertirse en el futuro, cuando se cuente con el pronunciamiento judicial que resuelve el recurso efectivamente interpuesto⁵⁶⁶.

— *Reglas procesales.*

“Para la aplicación de la figura de la actuación inmediata de sentencia estimatoria de primer grado, el juez debe observar algunos principios y reglas procesales, como los que se mencionan a continuación:

- i. Sistema de valoración mixto: si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto.
- ii. Juez competente: será competente para resolver la solicitud de actuación inmediata y, de ser el caso, para llevarla a cabo, el juez que dictó la sentencia de primer grado.
- iii. Forma de otorgamiento: si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello, en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.
- iv. Sujetos legitimados: tendrá legitimación activa para solicitar la actuación inmediata el beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado o, en su caso, el representante procesal, según lo dispuesto por el artículo 40 del C.P.Const.
- v. Alcance: por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, sólo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos pro-

⁵⁶⁶ STC 00607-2009-PA/TC, FF.JJ. 58 al 60

- cesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.
- vi. Tipo de sentencia: podrá concederse la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado se entiende también sólo respecto de sentencias de condena.
 - vii. Mandato preciso: la sentencia estimatoria de primer grado debe contener un mandato determinado y específico (mandato líquido), de acuerdo a lo establecido por el inciso 4 del artículo 55 del C.P.Const., en el cual debe sustentarse el mandato contenido en la actuación inmediata.
 - viii. Presupuestos procesales:
 1. No irreversibilidad: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.
 2. Proporcionalidad: no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.
 3. No será exigible el otorgamiento de contracautela.
 - ix. Apelación: la resolución que ordena la actuación inmediata, así como aquella que la deniega, serán inimpugnables.
 - x. Efectos de la sentencia de segundo grado:
 1. Si la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez *a quo* que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución se convertirá en definitiva.
 2. Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez *a quo* que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos en tanto se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales que, de acuerdo a lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const., es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.
 - xi. Relación con la medida cautelar: una vez emitida la sentencia estimatoria de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata o la medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluirá la de la otra⁵⁶⁷.

k) Represión de actos lesivos homogéneos.

Uno de los institutos novedosos que trajo consigo la normativa procesal constitucional fue, sin duda, la figura de la represión de los actos lesivos homogéneos, impetrado en el artículo

⁵⁶⁷ STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 64.

60 del C.P.Const. Este instituto, que básicamente pretende ampliar el marco de protección procesal del amparo, interdictando, a través de un pedido simple, futuros actos lesivos que intenten menoscabar nuevamente el derecho fundamental protegido, ha logrado, sin embargo, desarrollo y atención en la judicatura, sobre todo a partir de sendas jurisprudencias del Colegiado Constitucional, donde éste ha sentado la doctrina respecto a esta figura, así como criterios para su aplicación en la práctica. Veamos a continuación, *in extenso*, este desarrollo jurisprudencial del TC:

— *Definición.*

“La represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho”⁵⁶⁸.

— *Fundamentos de la institución.*

“La represión de actos lesivos homogéneos encuentra su sustento en la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas y evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de forma previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales. A continuación se explica brevemente cada uno de estos fundamentos.

Evitar el desarrollo de nuevos procesos constitucionales

Un primer fundamento de la represión de actos lesivos homogéneos, que ha sido mencionado de forma expresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo constituye la necesidad de evitar que las personas afectadas en sus derechos por un acto homogéneo a aquél calificado como inconstitucional en un primer proceso, tengan que dar inicio a uno nuevo para cuestionarlo.

Al no ser necesario el desarrollo de nuevos procesos constitucionales también se evita la existencia de decisiones contradictorias entre los órganos jurisdiccionales respecto a hechos que son homogéneos. Se busca, así, evitar que una persona que cuenta con una sentencia favorable, al acudir a otro proceso respecto a un acto lesivo homogéneo, se encuentre frente a una sentencia desfavorable.

Garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas

Los procesos de tutela de derechos fundamentales, una vez que han finalizado con un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, adquieren la calidad de cosa juzgada. Al respecto, el artículo 6º del Código Procesal Constitucional establece:

⁵⁶⁸ STC 5287-2008-AA/TC, FJ. 2.

“En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo” (...).

Tomando en consideración las diferencias entre los efectos de la cosa juzgada y de las sentencias ejecutoriadas, es más apropiado señalar que la represión de los actos lesivos homogéneos se sustenta en la necesidad de garantizar los efectos de éstas últimas⁵⁶⁹.

— *Presupuestos para conocer un pedido de represión de actos lesivos homogéneos.*

“Para presentar un pedido de represión de actos lesivos homogéneos deben concurrir dos presupuestos, y cuya ausencia implicará la declaratoria de improcedencia de lo solicitado. A continuación se explicará cada uno de ellos.

Existencia de una sentencia ejecutoriada a favor del demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales

Sólo si existe una sentencia previa, en la que se ha establecido claramente el derecho afectado y el acto lesivo, y que ha adquirido la calidad de firme, podrá evaluarse si la acción u omisión que se produzca con posterioridad resulta homogénea. Así, si se declara improcedente o infundada una demanda de tutela de derechos fundamentales, no puede solicitarse –con posterioridad– la represión de actos lesivos homogéneos.

La sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional (...).

Del contenido de las sentencias depende en gran medida su cabal ejecución y cumplimiento, por lo que es importante que en todas las decisiones relacionadas con la tutela de derechos fundamentales se establezca en forma clara los aspectos antes mencionados. La precisión de todos ellos le permitirá al juez de ejecución resolver de modo rápido y en forma adecuada los pedidos de represión de actos lesivos homogéneos.

Cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de condena

Si el mandato de dar, hacer o no hacer establecido en una sentencia no se cumple, corresponde aplicar los mecanismos coercitivos previstos en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional. Si una vez cumplido el fallo, se reitera el acto que fue considerado como lesivo de un derecho fundamental, recién corresponderá solicitar la represión de actos lesivos homogéneos. Es por ello que, el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia previa de condena constituye un presupuesto para dar inicio al procedimiento previsto en el artículo 60º del Código Procesal Constitucional.

Al respecto debe advertirse que en los casos en que luego de presentada la demanda cesó el acto lesivo o devino en irreparable el derecho fundamental, pero el juez emitió pronunciamiento sobre el fondo, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional, el mandato judicial no requerirá un

⁵⁶⁹ STC 5287-2008-AA/TC, FF.JJ. 5-9.

cumplimiento inmediato, pues su objetivo es advertir que determinadas conductas no pueden llevarse a cabo a futuro, siendo procedente la represión de actos lesivos homogéneos si éstas vuelven a concretarse”⁵⁷⁰.

— *Criterios para identificar un acto lesivo homogéneo.*

“Luego de verificar el cumplimiento de los presupuestos mencionados en la sección anterior, corresponde analizar cuándo se configura un acto lesivo homogéneo. Para tal efecto deberá evaluarse la existencia de determinados elementos subjetivos y objetivos, y su carácter manifiesto. Se trata de criterios generales que corresponden de ser aplicados y verificados tomando en consideración las particularidades de cada caso que se presente.

Elementos subjetivos

Aquí existen dos elementos a tomar en consideración. En primer lugar, las características de la persona o personas afectadas por el acto homogéneo. En segundo lugar, las características de la fuente u origen de este acto.

a) Persona afectada

El primer aspecto que debe ser evaluado por la autoridad jurisdiccional se relaciona con las características de la persona que presenta un pedido de represión de actos lesivos homogéneos, pues debe ser la misma que en el proceso constitucional que dio origen a la sentencia fue considerada como la persona afectada en sus derechos fundamentales, lo que refuerza la necesidad de que en el fallo respectivo que declara fundada la demanda se establezca claramente la identificación de la persona a favor de la cual se condena a alguien a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer.

b) Origen o fuente del acto lesivo

El segundo aspecto que debe ser evaluado por la autoridad jurisdiccional se relaciona con el origen o la fuente del acto respecto al cual se pide la represión por considerársele como homogéneo a uno anterior. En ese sentido el nuevo acto lesivo debe ser llevado a cabo por la misma entidad, autoridad, funcionario o persona que fue obligada a dar, hacer o dejar de hacer a través de la sentencia de condena establecida en un proceso constitucional.

Al respecto es importante señalar que si bien en el proceso que dio lugar a la sentencia previa, la demanda puede haber estado dirigida a un funcionario en particular, el acto lesivo homogéneo puede producirse por un funcionario diferente al demandado, pero que forma parte de la misma institución demandada. Por ese motivo, al momento de evaluar el origen o fuente del acto invocado como homogéneo, debe tomarse en cuenta si el mandato ordenado en la sentencia sólo podía ser cumplido por una determinada persona o si se trataba de un mandato que debía ser observado por toda una entidad en su conjunto.

⁵⁷⁰ STC 5287-2008-AA/TC, FF.JJ. 13-19.

Elemento objetivo: homogeneidad del nuevo acto respecto a uno anterior

Luego de haber evaluado los elementos subjetivos, corresponde a la autoridad judicial analizar si el acto invocado como homogéneo presenta similares características respecto de aquél que dio lugar a la sentencia del proceso constitucional. A nivel normativo el Código Procesal Constitucional ha hecho referencia a este criterio en el artículo 60º, en tanto señala que el acto lesivo debe ser “sustancialmente homogéneo” al declarado lesivo.

Un aspecto importante a recalcar es que no corresponde únicamente analizar las características del acto sino también las razones que lo originaron, pues pueden ser diferentes a las invocadas en un primer momento.

Manifiesta homogeneidad

El carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifiesto, es decir, no deben existir dudas sobre la homogeneidad entre el acto anterior y el nuevo. En caso contrario, debe declararse improcedente la solicitud de represión respectiva, sin perjuicio de que el demandante inicie un nuevo proceso constitucional contra aquel nuevo acto que considera que afecta sus derechos fundamentales, pero que no ha sido considerado homogéneo respecto a un acto anterior”⁵⁷¹.

— Aspectos de índole procesal.

“Procesos constitucionales en los que se aplica

La institución de la represión de actos lesivos homogéneos se encuentra prevista en el artículo 60º del Código Procesal Constitucional, en el título correspondiente al Proceso de Amparo. Sin embargo, eso no significa que no pueda ser empleada en otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

Juez competente

La ejecución de una sentencia corresponde al denominado juez de ejecución, que como regla general es el juez que conoció en primera instancia la demanda que dio inicio al proceso constitucional. Es éste el que deberá verificar que se cumpla con el mandato final establecido en la sentencia de condena.

Trámite

Dado que su objetivo es evaluar la homogeneidad entre el acto declarado inconstitucional en una sentencia y otro producido con posterioridad a ella, y no la resolución de una controversia compleja, el procedimiento de represión de actos lesivos homogéneos debe ser breve y no estar sujeto a mayores etapas.

Sobre ello el Código Procesal Constitucional prevé lo siguiente:

“Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días”.

De esta norma se desprende que, básicamente, lo que corresponde en este procedimiento es poner en conocimiento del juez el acto considerado lesivo como ho-

⁵⁷¹ STC 5287-2008-AA/TC, FF.JJ. 20-22.

homogéneo, escuchar la posición de la otra parte y proceder a evaluar si existe homogeneidad.

Contenido de la resolución

Siendo finalidad de la represión de actos lesivos homogéneos proteger los derechos fundamentales que han vuelto a ser afectados, corresponde al juez:

- a) Determinar si el acto invocado es homogéneo a uno declarado con anterioridad como violatorio de un derecho fundamental, y
- b) ordenar a la otra parte que deje de llevarlo a cabo.

Ambos aspectos deben quedar claramente establecidos en la decisión del juez. Sobre este tema, el Código Procesal Constitucional (artículo 60º) establece:

“La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviviente”.

Los alcances de la primera sentencia, por lo tanto, se extienden al acto considerado como homogéneo. Esto incluye todas las medidas coercitivas previstas para hacer cumplir la sentencia original.

Efectos inmediatos de la decisión

La sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales debe ser actuada en forma inmediata, lo que es acorde con la protección judicial rápida y efectiva que debe existir en materia de amenaza o violación de estos derechos, sin perjuicio de que se interponga un recurso de apelación. Esta opción ha sido acogida por el artículo 22º del Código Procesal Constitucional.

En el caso de la represión de actos lesivos homogéneos, en tanto busca hacer frente a un acto contrario a los derechos fundamentales, corresponde aplicar similar criterio, por lo que la decisión que declara que existe un acto lesivo homogéneo debe tener efectos inmediatos, sin perjuicio de que sea apelada. Esta opción ha sido acogida por el artículo 60º del Código, al establecer que

“La decisión (sobre la represión de actos lesivos homogéneos) tiene efectos inmediatos sin perjuicio de que sea apelada”.

Recursos de impugnación

A fin de garantizar la pluralidad de instancias y en atención al contenido de la decisión, que implica condenar a una persona a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer, debe contemplarse la posibilidad de impugnar la resolución que declara fundada la petición de represión de actos lesivos homogéneos. El Código Procesal Constitucional acoge esta opción en su artículo 60º y establece que “la resolución es apelable sin efecto suspensivo”⁵⁷².

1) El estado de cosas inconstitucional.

Por último, el TC ha recogido una figura de especial relieve en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y que introduce una comprensión distinta del proceso constitucional de amparo, superando los reducidos moldes del clásico efecto “inter-partes” de la senten-

⁵⁷² STC 5287-2008-AA/TC, FF.JJ. 24-29. Para una compilación de los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en la evolución de la represión de actos homogéneos, véase la STC N.º 05496-2011-PA/TC, FJ. 8 y 9.

cia. Teniendo en cuenta la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, frente a todo poder estatal, y la dimensión muchas veces colectiva que puede alcanzar su afectación, el Colegiado entiende que la ampliación de los efectos de la sentencia a terceros, ubicados en la misma posición del demandante, es la medida más idónea para superar una situación de afectación estructural y generalizada de derechos fundamentales. Veamos, pues, cómo el TC ha delineado esta postura.

“Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el “estado de cosas inconstitucionales”, se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.

Se trata, en suma, de extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público.

Una modulación de los efectos de las sentencias dictadas en el seno de estos procesos constitucionales de la libertad se justifica, como lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana, “(...) en el deber de colaborar armónicamente con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito [artículo 11° de la Ley N.° 23506], no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política”.

“El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de [amparo, hábeas corpus o hábeas data]. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través de la cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución [artículo 201 de la Constitución] y de la efectividad de sus mandatos”.

De modo que, y a fin de que se respeten plenamente los pronunciamientos de esta naturaleza que de ahora en adelante se emitan, este Colegiado enfatiza que, si

con posterioridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional”⁵⁷³.

Reiterenado esta figura procesal *sui generis*, en el caso de la contratación externa de estudios jurídicos por parte de la ONP, el Tribunal detectó nuevamente una situación de hecho reñida con la Constitución, al existir un número elevado de recursos dilatorios interpuesto por los estudios jurídicos, incluso contra la doctrina jurisprudencial del Tribunal, por lo que requirió de la acción coordinada de los distintos organismos públicos a fin de redefinir y superar esta deficiente defensa estatal de la ONP, ejercida incluso contra los intereses de los pensionistas. Veamos cómo fundamenta el TC la adopción de este mecanismo procesal:

“El fundamento de este tipo de decisiones hay que ubicarlo en la doble dimensión y efecto que despliegan los derechos fundamentales, en tanto manifestaciones de los atributos que conciernen a cada persona, pero también en cuanto expresiones del sistema de valores y principios que vinculan, desde la Constitución, tanto a los poderes públicos, como a la comunidad en su conjunto.

Los hechos incorporados en un proceso constitucional, constituyen elementos o situaciones que este Colegiado no puede dejar de percibirlos como parte de una realidad que atañe no sólo a los sujetos intervinientes en un proceso, sino que en algunas ocasiones, como ocurre en el presente caso, se trata de situaciones fácticas cuya proyección afflictiva se expande más allá de las partes que actúan en el proceso en cuestión.

Son éstas las situaciones que suelen ser analizadas a la luz, ya no de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, sino a la luz de la faz objetiva, esto es, en cuanto mandatos de orden general que exigen actuaciones integrales por parte de los poderes públicos a quienes corresponde el aseguramiento y garantía de derechos, no sólo de quienes se ven forzados a acudir a un proceso judicial para solicitar tutela a los órganos jurisdiccionales, sino también de todas aquellas personas, que estando en las mismas condiciones, sufren las mismas consecuencias lesivas a sus derechos.

En el presente caso, las situaciones que hemos podido constatar, no son situaciones aisladas, sino que forman parte de una actuación sistemática de la ONP, amparada en normas reglamentarias que permiten y dan sustento a la tercerización de los servicios legales sin un mecanismo de control adecuado que garantice los derechos de los pensionistas. La constatación de que se trata de una actuación sistemática, se desprende del abundante material jurisprudencial que hemos tenido ocasión de analizar a raíz del caso de autos.

Una situación de estas dimensiones no puede ser garantizada sino con una actuación integral y con la colaboración de los demás poderes públicos involucrados. En tal sentido una sentencia como la aquí se pronuncia, tiene por ello también un

⁵⁷³ STC 2579-2003-HD/TC, FF.JJ. 19-21.

espíritu de colaboración con los demás poderes a quienes corresponde la actuación inmediata para superar la serie de anomalías que aquí se han constatado y que deben ser removidas porque suponen una seria interferencia en el goce efectivo de los derechos de los pensionistas de los diferentes sistemas que administra la ONP.

Por otro lado, la expansión de los efectos de una sentencia más allá de las partes intervinientes en el litigio no debe causar mayor alarma, puesto que, tratándose de un Tribunal encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro que sus decisiones -no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos- vincula a todos los poderes públicos y no sólo a las partes involucradas, conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Esto supone desde luego, una colaboración permanente con los demás poderes públicos en el marco de las competencias que corresponden a este Tribunal en cuanto garante último de los derechos fundamentales. Mas todavía si en nuestro país, precisamente en esta materia, pese a que la Constitución plantea desde su primer artículo que es la persona humana y su dignidad, el fin supremo de la Sociedad y el Estado, no obstante, con frecuencia la práctica de los poderes públicos no se condice con este mandato. Cuando ello ocurre, resulta legítimo que un Tribunal encargado de la defensa de los derechos fundamentales, que tienen su fuente precisamente en esa dignidad humana, actúe de manera firme y decidida para reencausar la actuación de los poderes públicos; y constituye un deber irrenunciable en aras de garantizar la eficacia y vigencia de los derechos que se encuentren amenazados o conculcados”⁵⁷⁴.

m) El recurso de agravio constitucional.

Sin duda, uno de las materias procesales reguladas por el Código, donde sin embargo, ha existido más innovación por parte del TC, ha sido la habilitación jurisprudencial de supuestos para residenciar el recurso de agravio constitucional. Así, de los primeros casos establecidos en el precedente *Lagomarcino*, se pasó a los supuestos del recurso de agravio a favor del precedente, finalmente derogado, el recurso a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional, el recurso a favor del cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial, el recurso de agravio extraordinario por vulneración del orden constitucional (ya abordado en el proceso de hábeas corpus). Veamos pues, suscintamente, esta evolución jurisprudencial.

— Supuestos de habilitación del RAC (Caso Lagomarcino).

“Sólo configurando correctamente el RAC es que los derechos fundamentales actuarán legitimando, creando y manteniendo consenso, siempre en la búsqueda de la libertad individual y limitando el poder estatal.

El TC ha ido determinando con claridad hasta dónde puede llegar la elucidación de aspectos y materias de un RAC, por lo que es necesario examinar la línea jurisprudencial seguida hasta el momento. Este Colegiado considera que el RAC ha servido, entre otras cosas, para lo siguiente:

⁵⁷⁴ STC 5561-2007-PA/TC, FF.JJ. 36-38.

Determinación de la tutela objetiva de derechos

Un tema como éste puede observarse en la sentencia del Expediente N.º 603-2004-AA/TC, referido a un proceso constitucional iniciado por la gerente del Grifo Ferraro frente a la Municipalidad Distrital de Bellavista, y que versa sobre la comisión de un supuesto abuso realizado a través de una resolución de Alcaldía que daba por finalizado un procedimiento coactivo en contra de la reclamante. Durante el curso del proceso constitucional, la demandada señaló que carecía de objeto pronunciarse, pues ella misma había dejado sin efecto la resolución cuestionada, y había ordenado suspender tal procedimiento. Por tal razón, el juzgador de primera instancia declaró improcedente la demanda, por sustracción de la materia. Sin embargo, tras la interposición de una apelación por parte de la recurrente, sorpresivamente la municipalidad encausada consumó la ejecución coactiva, con el cierre del local, retiro, demolición y erradicación del grifo. El ad quem confirmó la recurrida, pero no por sustracción de la materia, sino porque estimaba que no era posible suspender un procedimiento ya concluido.

Ante ello, este Colegiado consideró pertinente utilizar, para resolver el caso, lo dispuesto en el artículo 1º del CPCo, que en su tenor señala que

(...) Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

En tal sentido, el Tribunal consideró que la demandada, con su actuar, se encontraba evitando un pronunciamiento en contra de sus intereses, razón por lo cual declaró fundada la demanda y remitió copia de lo actuado al Ministerio Público para determinar la responsabilidad penal del agresor. Se sustentó la decisión, tal como se presenta en el fundamento 3.c de la sentencia, en que

(...) el hecho de que la demandada haya utilizado un argumento efectista con el objeto de obtener un resultado determinado por parte de la jurisdicción, para posteriormente y de motu proprio variar las circunstancias y enervar su propio argumento, con el propósito de perjudicar de modo permanente a la parte demandante, representa un acto procesal absolutamente desleal, sobre todo para con la administración de Justicia Constitucional, que ha confiado preliminarmente en la buena fe y supuesta voluntad de retractación de la demandada. Es evidente, por otra parte, que de no haberse utilizado tal argumento, el resultado a nivel de primera instancia, cualquiera que hubiese sido su sentido, habría sido uno distinto a la declaratoria de sustracción de materia por cese de la afectación, debido a la necesidad en la que habría estado el juzgador constitucional de pronunciarse sobre el tema de fondo, es decir, determinar si hubo, o no, violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales reclamados (...).

Aparte de este caso, en otro (sentencia emitida en el Expediente N.º 351-96-HC/TC, S-161), se llegó a determinar que en una extradición que ya había conclui-

do, también era pertinente dejar establecidas algunas reglas claras respecto al accionar de parte de las autoridades durante el trámite de la misma. Así, en el fallo se señaló que, si bien carecía objeto pronunciar sentencia sobre el fondo,

(...) no puede soslayarse el hecho de que concluida la etapa preliminar de extradición con el pronunciamiento del juez penal, su prosecución en otros niveles burocráticos resulta alarmantemente prolongada, máxime si un procesado o imputado goza de la universal presunción de inocencia, y siendo la libertad uno de los más preciados valores del ser humano, su limitación, pese a fundadas razones de orden legal, implica, particularmente en este caso, cuando menos, una falta de *syndéresis* funcional que obliga a este Colegiado a exhortar a los Poderes Judicial y Ejecutivo, en su caso, para que no sólo prioricen la atención de casos análogos con la celeridad debida, sin perjuicio de desarrollar –de no existir la infraestructura indispensable que permita custodiar a los extraditables durante su arresto o detención preventiva– un régimen apropiado a su dignidad personal, bajo la glosada presunción de inocencia; Que, igualmente, tampoco puede este Tribunal Constitucional dejar de pronunciarse sobre la precaria salud de la accionante, aspecto que, al parecer, no ha merecido la inmediata aplicación de oficio de las previsiones contempladas por el Código de Ejecución Penal sobre el particular, presunción que, de ser cierta, hace indispensable recomendar al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) subsane las omisiones en que se habría incurrido, sin perjuicio de que los Poderes del Estado adopten las medidas legislativas y procedimentales que eviten dilatadas e innecesarias detenciones que resultan realmente clamorosas e incompatibles con la penología moderna y los derechos humanos.

Entonces, por más sustracción de la materia que exista, y por más imposible que resulte cautelar la tutela subjetiva de los derechos de una persona, igual se puede, vía el RAC, proteger la eficacia y respeto de los derechos fundamentales, situación coincidente con el fin que este recurso posee.

Establecimiento de los efectos de la protección subjetiva de derechos

Un aspecto especial de este tipo de proceso se puede encontrar en el paradigmático caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 2694-2004-AA/TC, promovida por José Silva Vallejo y dirigida contra el Consejo Nacional de la Magistratura, con el objeto de que se declaren nulos y sin efecto legal los acuerdos adoptados en contra de su persona. El a quo resolvió declarando fundada la demanda en lo referido a que la decisión de destitución no fue adoptada por mayoría simple (cuatro votos de los seis miembros que ingresaron al pleno, sino que lo que se produjo fue un empate, dado que tres votos se pronunciaron por la no destitución y tres por la destitución) e infundada la demanda en el extremo del pago de remuneraciones dejadas de percibir. Por su parte, el juzgador de segunda instancia consideró pertinente reclamar de la demandada que realice un nuevo pronunciamiento.

Aparte del tema de las remuneraciones, y he aquí lo importante en la presente demanda, el recurrente en su RAC critica la decisión jurisdiccional respecto a que sea el propio Consejo el que deba resolver nuevamente. Es decir, pese a que se declaró fundada la demanda en ese aspecto, el reclamante consideró preciso acudir al RAC pues las consecuencias de dicho fallo no se condecían, a su entender, con la protección efectiva de sus derechos fundamentales.

Ante ello, el TC consideró pertinente aceptar la reclamación realizada, pero decidió declararla infundada, bajo el argumento expuesto en el fundamento 9:

(...) este Colegiado no encuentra incongruencia entre la reposición y el mandato de que el CNM emita un nuevo pronunciamiento conforme al artículo 40 de la Ley N.º 26397 y las normas reglamentarias, por cuanto, con este mandato, la recurrida ha cumplido con la finalidad del proceso de amparo y no ha lesionado derecho constitucional alguno del recurrente. Este Tribunal Constitucional, estima que la recurrida ha efectuado una adecuada ponderación entre el derecho constitucional al debido proceso del demandante y la función disciplinaria que compete al CNM a que se refiere el artículo 154º incisos 2 y 3 de la Constitución.

De lo expuesto, y pese a que en el caso concreto no se le dio la razón al demandante, se desprende el hecho de que los efectos de una sentencia declarada fundada pueden terminar siendo inapropiados para la protección de los derechos fundamentales, y como el RAC busca tutelarlos en forma superlativa, sí cabe su formulación si es presentada y argumentada de forma razonable. Entonces, si el actor alega la incongruencia entre la declaratoria de fundada y las consecuencias de la misma, tiene claramente expedito el camino de este medio impugnativo.

Decisión respecto a las excepciones deducidas

En diversos procesos que han llegado a este Tribunal, el RAC ha sido postulado en virtud de la denegatoria por parte de la judicatura ordinaria de la procedencia de la demanda, toda vez que la demanda planteada tenía un vicio de caducidad. El caso policial ha sido el más llamativo al respecto. En sentencias de expedientes como los N.º 0079-2005-PA/TC, N.º 1623-2004-AA/TC o N.º 1098-2004-AA/TC, este Colegiado ha llegado a ingresar a analizar, en virtud de un RAC, lo referido a esta causal de procedencia. Es decir, no se llegó a centrar el estudio de la cuestión específicamente en la protección de un derecho fundamental, sino más bien se consideró pertinente resolverlo respecto a una excepción deducida.

La caducidad planteada (entendida como prescripción, según lo establecido en la sentencia del Expediente N.º 1049-2003-AA/TC, y claramente decretado para el amparo, el hábeas data y el cumplimiento en el artículo 44º del CPCo) está referida al plazo existente para interponer la demanda desde el momento en que el afectado toma conocimiento del acto lesivo. Con respecto al momento de que debe ser resuelta una excepción, el artículo 10º del CPCo ha sido muy explícito en señalar que es en la sentencia.

Ante ello, sólo cabe mencionar que este Colegiado considera que una lectura amplia y desventajosa de una excepción por parte de los juzgadores de primera y segunda instancias sí puede terminar vulnerando los derechos de las personas que acuden a los procesos constitucionales. Por ello, queda claramente habilitada la vía del RAC para solicitar la protección en este supuesto.

Ahora bien, si la sentencia de segunda instancia es declarada infundada o improcedente pero por una materia distinta a la de la excepción, y por tal motivo llega a este Colegiado, igualmente se puede declarar fundada la excepción de prescripción, porque sólo así se estará protegiendo objetivamente el orden constitucional, por más que ella no haya sido planteada por el recurrente sino más bien por el de-

mandado. Lo contrario significaría desconocer el substrato de justicia en la labor de nuestra institución.

Posibilidad de realizarse pagos accesorios

Sobre la base de la sentencia recaída en el Expediente N.° 0065-2002-AA/TC, se ha señalado que los pagos pensionarios se realizan no sólo sobre la base del monto de la jubilación correspondiente, sino que, además, pueden incluir los reintegros e intereses.

Sin embargo, en algunos casos, como lo sucedido en la sentencia del Expediente N.° 1793-2002-AA/TC, el juzgador de segunda instancia declaró fundada la demanda en lo relativo al pago de una bonificación especial (sobre la base del Decreto de Urgencia N.° 011-99), pero improcedente respecto a los devengados solicitados. Frente a ello, el recurrente presentó un recurso extraordinario solicitando exclusivamente el reembolso de tales devengados. Ante ello, el TC, reconociendo explícitamente el carácter accesorio de tal pedido, resolvió en el fundamento 2 que:

(...) habiendo la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima expedido sentencia estimatoria amparando la pretensión principal del demandante, corresponde que se le abonen los devengados que reclama.

Es decir, declarando fundada la demanda en dicho extremo, se ha llegado a reconocer la posibilidad de ser analizadas a través de un RAC, materias que aparecen como accesorias a una pretensión principal.

Significativa es también la sentencia emitida en el Expediente N.° 2057-2003-AA/TC, en la cual el accionante solicitó exclusivamente en la demanda el pago de reintegros e intereses devengados. Ante ello, los juzgadores de los dos grados judiciales declararon improcedente el pedido. No obstante, siguiendo la jurisprudencia ya mencionada, este Colegiado declaró fundada la demanda, y ordenó el pago correspondiente.

Como se puede observar, el pago de reintegros e intereses fueron considerados por el TC como una materia que merecía protección, a la luz de los artículos 10° y 11° de la Norma Fundamental. Esto equivale a señalar que sólo con tales pagos complementarios se podrá proteger integral y correctamente el derecho fundamental a la pensión.

Sin embargo, en la actualidad, este Colegiado ha venido a estipular en el fundamento 37.g de la sentencia del Expediente N.° 1417-2005-AA/TC, que

Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

De ello se desprende que, en la actualidad, la protección constitucional de intereses y reintegros ya no serán materia de control constitucional concentrado, sino que serán derivados a vías igualmente satisfactorias para la persona. Por lo tanto, tampoco podrán ser ya materia de un RAC, pese a que en el pasado sí lo eran.

Distinción de los alcances de la sentencia declarada fundada

Según el artículo 20° del CPCo, el pronunciamiento de este Colegiado sobre el recurso interpuesto tendrá dos consecuencias distintas, hecho que redundará en la viabilidad del RAC: 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; y, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revocará y procederá a pronunciarse por el fondo.

Con respecto a ello, debe fijarse con claridad cuál es la línea jurisprudencial que se debe seguir. El caso se refiere a la denegatoria del recurso por causa de vicio procesal por haber sido interpuesto por un abogado que no tenía la representación de los demandantes; es decir, que no fue éste el que firmó la demanda. Corresponde, entonces, unificar la jurisprudencia, léase, dejar sentado cuáles son los efectos de la declaración de denegatoria del RAC. El fallo adecuado es el que prescribe lo siguiente:

Declarar NULO el concesorio del recurso extraordinario, de fojas xxx, IMPROCEDENTE el recurso extraordinario, NULA la sentencia de fojas xxx y NULO todo lo actuado desde fojas xxx y que se reponga la causa al estado anterior al vicio procesal.

Esta es la solución que ha sido adoptada en las resoluciones de los Expedientes N° 2558-2004-AC/TC, N° 4396-2004-AA/TC, N° 2595-2004-AC/TC, entre otras.

Sin embargo, en otros casos similares, se ha resuelto de una forma distinta. En algunos casos se declaró subsistente la sentencia recurrida pero nulo el concesorio, tal como puede observarse en las resoluciones de los Expedientes N.° 1948-2004-AC/TC, N.° 2376-2004-AC/TC, N.° 2113-2004-AC/TC, N.° 2094-2004-AC/TC, N.° 2178-2004-AC/TC, N.° 2472-2004-AC/TC y N.° 2634-2004-AC/TC. En otros casos, lo que se ordena es que, antes de declarar firmes las resoluciones judiciales, se remitan los autos a la Corte Superior correspondiente, según se puede revisar en las resoluciones de los Expedientes N.° 2027-2004-AC/TC y N.° 2475-2004-AC/TC⁵⁷⁵.

— *Recurso de agravio y responsabilidad del agresor.*

Según el artículo 8° del CPCo,

Cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el Juez, en la sentencia que declara fundada la demanda en los procesos tratados en el presente título, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión y sus efectos, o cuando la violación del derecho constitucional haya devenido en irreparable, si el Juez así lo considera (...).

Diversa jurisprudencia de este Colegiado ha hecho mención a la determinación de la responsabilidad del agresor (aparte de la norma mencionada, también se uti-

⁵⁷⁵ STC 2877-2005-PHC/TC, FJ. 15.

lizaba la previsión existente en el derogado artículo 11° de la Ley N.° 23506), figura que ha versado sobre diversos temas. Entre ellos se pueden encontrar algunos referidos al hábeas corpus, como puede ser lo estipulado cuando se producía la arbitrariedad negativa judicial de la excarcelación de una persona, supuesto que se puede encontrar en las sentencias de los Expedientes N.° 1093-2000-HC/TC, N.° 601-2003-HC/TC o N.° 702-2000-HC/TC.

Pero, ¿qué se está buscando exactamente con la aplicación del artículo 8° del CPCo? Según la sentencia emitida en el Expediente N.° 2366-2004-AA/TC, referida a un amparo contra una resolución del Jurado Nacional de Elecciones, y cuya resolución final concluía en una sustracción de la materia, la responsabilidad del agresor puede ser aplicada

(...) a fin de que puedan deslindarse, en la vía correspondiente, las responsabilidades a que hubiere lugar.

Por consiguiente, es claro que este Colegiado utiliza la figura de la responsabilidad del agresor para, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159°, inciso 1) de la Constitución (función fiscal de promoción de la acción judicial), determinar si es que se logra establecer un nexo causal entre los hechos investigados en sede constitucional y la comisión de un delito. No es que el TC considere la existencia de responsabilidad penal del investigado, sino tan sólo estima pertinente que el accionar del demandado sea analizado a la luz de la legislación penal.

Es más, así la sentencia en el proceso constitucional no determine la utilización del artículo 8° del CPCo, el afectado con la conducta antijurídica de un demandado, tiene el camino libre para iniciar las acciones penales que considere. Asimismo, la investigación fiscal también puede ser realizada de oficio.

El análisis que se realice en sede penal es independiente del efectuado en el ámbito constitucional, aunque los hechos ya establecidos no podrán ser objeto de cuestionamiento y serán una prueba válida de la posible responsabilidad del agresor.

Después de una extendida explicación de lo que significa el RAC, sólo queda determinar si lo recientemente desarrollado respecto a la responsabilidad del agresor contribuye, o no, a una protección superlativa de derechos fundamentales.

Consideramos que permitir o posibilitar que cualquier persona acuda a este Colegiado para solicitar la aplicación del artículo 8° del CPCo no tiene relación alguna con lo que se busca con el RAC. Con la salvedad de los supuestos jurisprudenciales explicados supra, sólo es pertinente la utilización del RAC con el fin de atacar una resolución que sea propiamente denegatoria de protección de derechos fundamentales (infundada o improcedente) y, en el caso concreto, de la libertad personal⁵⁷⁶.

— *Recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del TC.*

“Que, tal como ya ha sido establecido en reiterada jurisprudencia de este Colegiado (STC 4119-2005-AA, de fecha 9 de noviembre de 2006), el problema de la eje-

⁵⁷⁶ STC 2877-2005-PHC/TC, FF.JJ. 19-20.

cución 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 (art. 22º y 59º del CPConst.), y por el Tribunal Constitucional en cuanto al incumplimiento de sus sentencias por las instancias judiciales (artículo 50º 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.

La sentencia constitucional requiere, pues, de una teoría material constitucional que la fundamente, dotándola de nuevas herramientas de actuación que abandonen la idea clásica de clasificación entre actos de declaración del derecho y actos de ejecución. Ello en atención a que la sentencia que interpreta con la máxima fuerza jurídica las disposiciones constitucionales ocupa una posición de primer orden entre los actos públicos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho; verificada además, la especial naturaleza de las pretensiones sobre las que se pronuncia (cosa juzgada constitucional); por el valor y la fuerza que le otorga el sistema jurídico a sus interpretaciones (IV Disposición Final de la Constitución, artículos 1º de su propia Ley Orgánica, VI y VII del CPConst.); y, por el poder extrapartes (efectos erga omnes).

Que por todo ello, el valor de la sentencia constitucional se encuentra no sólo en la ponderación objetiva de su función en el marco del ordenamiento constitucional, sino por los efectos derivados de la vis subjetiva de la decisión judicial estimatoria que deviene en ejecutada en sus propios términos; es decir, como componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 139º inciso 3 de la Constitución) y como la principal forma restitutiva de los derechos fundamentales lesionados en la relación jurídica material que es llevada a proceso, permitiendo que las situaciones inconstitucionales se modifiquen o reviertan.

Que este 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; frente a estas situaciones debería habilitarse la procedencia del recurso de agravio constitucional. Esto porque la invocación de tales vulneraciones requieren siempre de una verificación por el Tribunal donde puedan acreditarse los alegatos escuchando al órgano judicial emplazado y permitiendo, al propio tiempo, una afirmación de su decisión por parte del Tribunal Constitucional.

Por todo ello, resulta oportuno realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional, y con ello la reevaluación del criterio precedente de este Colegiado aplicable a casos como el presente, de forma que pueda optimizarse la legislación sobre los procesos constitucionales y los fines que la informan⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ RTC 0168-2007-Q, FF.JJ. 5-7.

— *Recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial.*

“Este Colegiado ha establecido en la RTC 0168-2007-Q/TC, de fecha 3 de octubre de 2007, nuevas reglas de interpretativas de carácter excepcional para la procedencia del RAC a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Que en el referido pronunciamiento ha sostenido el Tribunal que no puede permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, hecho que termina virtualmente modificando la decisión (FJ.7). Asimismo, ha precisado que el problema de la ejecución de las sentencias no sólo es un debate doctrinal, sino, sobretodo, un problema práctico, ya que se trata de evaluar la capacidad de este Tribunal para materializar en los hechos lo decidido en el fallo.(FJ. 5)

Que, dentro de la citada línea jurisprudencial, cabe preguntarse si el mismo razonamiento debe ser empleado ante los supuestos de ejecución defectuosa de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial, dictadas dentro de la tramitación de un proceso constitucional.

Que, en efecto, dado que ante tal supuesto no cabría la posibilidad de interponer el RAC-por no encontrarse entre los supuestos de procedencia establecidos mediante la RTC 0168-2007-Q/TC-, la ejecución defectuosa de los fallos de segunda instancia no podrían ser, eventualmente, examinadas por el Tribunal, produciéndose una nueva alteración del orden constitucional, la cual fuera reestablecida con el dictado de la sentencia de segundo grado.

Que la situación descrita en el considerando precedente resultaría igualmente gravosa para el demandante, en su búsqueda de restitución de sus derechos vulnerados, como aquellos supuestos en los que se produce el desconocimiento de las sentencias del Tribunal, con la agravante que sería el propio órgano jurisdiccional que ha repuesto el orden constitucional -Poder Judicial -, mediante la decisión estimatoria quien desvirtúa la ejecución de sus propios pronunciamientos.

Que de no ser competente el Tribunal Constitucional para conocer dicho supuesto podría suscitarse una insólita situación: La protección de un derecho fundamental mediante un pronunciamiento estimatorio formal, expedido en segunda instancia, y, en la praxis, en la fase de ejecución, la no concreción de la restitución de los derechos invocados en la demanda.

Que es por ello que se hace necesaria una interpretación acorde con la protección de los derechos fundamentales, de acuerdo con el marco constitucional y legal vigente, que garantice la correcta ejecución de las sentencias estimatorias recaídas dentro de los procesos constitucionales, expedidas por el Poder Judicial.

Que de lo expuesto y sobre la base de lo desarrollado en la RTC 0168-2007-Q/TC, este Colegiado considera que de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando se trata 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 RAC en este supuesto 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 CPConst⁵⁷⁸.

— *Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional.*

“Independientemente de la utilidad que pueda prestar el amparo para controlar violaciones producidas en la etapa de ejecución de la sentencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional, la constatación de hechos como los que se han ventilado en el presente caso conllevan a que se precise el contenido y los efectos de la RTC 00168-2007-Q/TC con la específica finalidad de que las sentencias de este Tribunal sean ejecutadas de manera inmediata y en sus propios términos, pues la praxis judicial ha demostrado que su ejecución en muchos procesos no es inmediata o oportuna, ni en sus propios términos. Como muestra de ello, además del presente proceso, puede citarse los siguientes casos:

- a. La sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 01255-2003-AA/TC y otros fue publicada en la página web el 22 de abril de 2005. En dicha sentencia se ordenó a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria que, en ejecución de la cobranza del Impuesto Extraordinario a los Activos Netos, se abstenga de considerar el monto de los intereses moratorios de todas las órdenes de pago contra las que se hubiera interpuesto recursos administrativos.

En la etapa de ejecución la sentencia no fue actuada en sus propios términos, lo que originó que la parte demandante con fecha 2 de diciembre de 2005 le solicitara al juez de ejecución que cumpla con la orden de este Tribunal. La tramitación de dicho pedido de ejecución en primera y segunda instancia concluyó el 23 de setiembre de 2008, pues al día siguiente el expediente ingresó a este Tribunal.

El pedido de ejecución de la sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 01255-2003-AA/TC y otros fue resuelto por este Tribunal mediante la sentencia recaída en el Exp. N.° 04878-2008-PA/TC, que declaró fundado el recurso de agravio constitucional por haberse incumplido la sentencia mencionada, toda vez que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, en ejecución de la cobranza, no se abstuvo de considerar el monto de los intereses moratorios de todas las órdenes de pago cuestionadas en el proceso de amparo.

El caso referido pone en evidencia que a nivel judicial la etapa de ejecución de la sentencia recaída en los Exps. Acums N.° 01255-2003-AA/TC y otros se inició el 2 de diciembre de 2005 y concluyó el 23 de octubre 2009, es decir que duró más de 2 años y 9 meses,

⁵⁷⁸ RTC 0201-2007-Q, FF.JJ. 3-10.

sin que haya sido posible que el mandato de la sentencia mencionada sea estrictamente cumplido en sus propios términos, pues finalmente el pedido de ejecución fue resuelto por este Tribunal.

- b. La sentencia recaída en el Exp. N.º 02579-2003-HD/TC fue publicada en la página web el 16 de abril de 2004. En dicha sentencia se ordenó al Consejo Nacional de la Magistratura que le entregue a la demandante “a) copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, referente a su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía como Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; b) copia del acta de la entrevista personal y copia del video de la referida entrevista personal; y c) copia de la parte pertinente del acta de sesión del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura que contiene la decisión de no ratificarla en su condición de Magistrada del Poder Judicial”.

En la etapa de ejecución, en vez de que los órganos judiciales cumplieran con actuar la sentencia en sus propios términos, emitieron resoluciones que la contravenían. Ello originó que la demandante interponga una demanda de amparo contra las resoluciones judiciales emitidas en el proceso de ejecución de la sentencia recaída en el Exp. N.º 02579-2003-HD/TC, pues en dicha fecha no existía el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia de este Tribunal.

La demanda de amparo se presentó el 11 de agosto de agosto de 2009 y luego de haber obtenido pronunciamientos desfavorables en primera y segunda instancia fue estimada por este Tribunal mediante la sentencia recaída en el Exp. N.º 02813-2007-PA/TC, que en su tercer punto resolutive ordenó “al juez executor de sentencia proceda a emitir nueva resolución en consideración a lo expresamente ordenado por este Tribunal por medio de la sentencia recaída de expediente N.º 2579-2003-HD/TC, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional”.

Desde la fecha de emisión de la sentencia recaída en el Exp. N.º 02579-2003-HD/TC, esto es, el 16 de abril de 2004, hasta la fecha de ingreso del Exp. N.º 02813-2007-PA/TC, esto es, el 24 de mayo de 2007, transcurrieron más de 3 años para que este Tribunal tomara conocimiento de que el mandato de su sentencia no había sido cumplido en sus propios términos.

Como puede advertirse, la duración del trámite de los expedientes anteriormente descritos pone en evidencia que, en los hechos, la etapa de ejecución de las sentencias de este Tribunal termina convirtiéndose en muchos casos en un segundo proceso, pues a pesar de que existe una orden precisa y concreta de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia, ésta por la inercia del juez de ejecución o por la conducta obstruccionista de la parte emplazada, no termina ejecutándose en forma inmediata y en sus propios términos.

Frente a este problema de dilaciones indebidas para ejecutar las sentencias emitidas por este Tribunal, corresponde dar una solución que tenga como fundamento garantizar y concretizar los fines de los procesos constitucionales, el principio de dignidad de la persona humana, el principio constitucional de la cosa juzgada, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

La solución a los problemas de la falta de ejecución de sentencias constitucionales y al de su ejecución defectuosa o desnaturalización debe partir, a juicio de este Tribunal, por

exonerar a las Salas Superiores del Poder Judicial de conocer el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de la sentencia de este Tribunal, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado. Ello se justifica en la optimización del derecho a la efectiva ejecución de lo resuelto, específicamente, por el Tribunal Constitucional, y porque el trámite en las salas superiores, en vez de contribuir con la realización efectiva del mandato de las sentencias de este Tribunal, genera dilaciones indebidas y resoluciones denegatorias que, en la mayoría de casos, terminan siendo controladas y corregidas por este Colegiado.

Por esta razón, teniendo presente los derechos fundamentales afectados por la inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional y atendiendo a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del CPConst., según el cual el Tribunal Constitucional tienen el deber de adecuar la exigencia de las formalidades para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales, el recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones del juez de ejecución será conocido por el Tribunal Constitucional. En efecto, este recurso será conocido por salto, lo cual origina que la denominación propuesta en la RTC 00168-2007-Q/TC sea variada por la de “recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional”. Igualmente, debe precisarse que contra la resolución que deniega la concesión del recurso mencionado procede el recurso de queja previsto en el artículo 401° del Código Procesal Civil.

Finalmente, debe precisarse que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional no procede cuando: a) el cumplimiento de la sentencia comporte 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; b) el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y c) 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 00168-2007-Q/TC.

De otra parte, debe precisarse que la absolución del recurso de apelación por salto o del recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación por salto, se realizará sin trámite alguno, es decir, que no existe la obligación de que se convoque a una audiencia para la vista de la causa, por la sencilla razón de que no se está debatiendo una controversia o litis constitucional, ya que ésta se encuentra resuelta en forma definitiva por la sentencia del Tribunal Constitucional, sino que se va a verificar el estricto cumplimiento, o no, del mandato contenido en la sentencia.

En este contexto y a los efectos de lograr que los mandatos de las sentencias del Tribunal Constitucional sean ejecutados en forma inmediata y en sus propios términos, debe requerirse a todas las salas superiores del Poder Judicial que remitan los expedientes que

estén conociendo y que tengan por finalidad verificar el estricto cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional”⁵⁷⁹.

n) La nulidad en el amparo.

Finalmente, el Tribunal también ha desarrollado el instituto procesal de la nulidad aplicada al proceso de amparo, en tanto la normativa procesal constitucional presenta, en este extremo, un vacío o laguna, que requiere integración, pero adecuada a la naturaleza de los procesos constitucionales. Veamos lo que ha dicho el Tribunal sobre la nulidad en el amparo:

“Que por otro lado, consideramos importante desarrollar algunos aspectos relativos a la nulidad procesal a fin de procurar una aplicación adecuada en los procesos constitucionales que permitan su desarrollo sin desnaturalizar o dilatar la tramitación de este tipo de procesos y su consiguiente decaimiento como herramienta de tutela urgente para los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que este tipo de remedio procesal resulta aplicable a los procesos constitucionales por aplicación supletoria del Código Procesal Civil en virtud de lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Que la nulidad resulta un instituto de la teoría general del derecho que autores como Maurino (MAURINO, Alberto Luís. *Nulidades Procesales*. Editorial Astrea. Segunda Edición. Buenos Aires-2001. pp. 13), Alsina (ALSINA, Hugo. *Las nulidades en el Proceso Civil. Concepto y función de las formas procesales*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1958. pp. 31) y De Santo (DE SANTO, Víctor. *Nulidades Procesales*. Editorial Universidad. Tercera Edición actualizada. Buenos Aires 2008. pp. 35), han definido como la sanción por la cual la ley priva al acto jurídico de sus efectos normales por no haberse observado las formalidades prescritas para su emisión, como un requisito esencial de su constitución. Asimismo, debemos tener presente que este instituto de carácter general, no resulta aplicable bajo las mismas consecuencias a todas las ramas del derecho, pues cada una de ellas cuenta con un campo de estudio determinado, con finalidades distintas unas de otras, las cuales afectan la aplicación original de esta institución a dichos campos. Es por ello que Maurino (MAURINO, Alberto Luís. *Op. cit.* pp. 14-15), refiere que cada área del derecho debe adaptar a su finalidad y esencia específica, la aplicación de la nulidad para no llegar a soluciones antitéticas con su objeto y contenido. De similar opinión son Alsina (ALSINA, Hugo. *Op. cit.* pp. 35), Couture (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires 2002. Cuarta Edición. pp. 305) y Palacio (PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil. Tomo IV. Actos Procesales*. Cuarta reimpresión. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 19992. pp. 145), pues consideran a la nulidad como un instituto común a todo el derecho (teoría de las nulidades de los actos jurídicos), sin embargo, en su aplicación, debido a las particularidades que cada rama ostenta por su campo de estudio, presentará soluciones específicas y modalidades propias.

⁵⁷⁹ STC 0004-2009-PA/TC, FF.JJ. 12-15. Sobre los supuestos en que no opera el recurso de apelación por salto, véase la RTC N.º 04911-2011-PA/TC.

Que es por ello que los actos jurídicos para el Derecho Civil, Comercial, Registral, etc, generarán un régimen propio de nulidades. Así, la declaración judicial de nulidad de un título valor no generará la nulidad del acto jurídico que le dio origen, o el consentimiento para contraer matrimonio por parte de un menor de edad, no generará la validez de dicho acto jurídico, o la presentación de una escritura pública de transferencia de propiedad falsa ante los Registros Públicos, no generará la transferencia del derecho de propiedad del real propietario, o el vicio de la notificación de el auto que admite el recurso de apelación de una sentencia de primer grado, sólo genera la nulidad de la notificación y no la nulidad de todo el proceso. Es por ello que la nulidad deducida como pretensión de una demanda tendrá consecuencias diferentes frente a la nulidad deducida como incidente al interior de un proceso.

Que al respecto, este Colegiado ha sostenido que “la nulidad de los actos procesales está sujeta al principio de legalidad sino, además, que en un Estado Constitucional de Derecho, la nulidad de un acto procesal sólo puede decretarse cuando por medio se encuentran comprometidos, con su inobservancia, derechos, principios o valores constitucionales. En efecto, la nulidad de los actos procesales no se justifica en la simple voluntad de la ley. No admite una consideración de la nulidad por la simple nulidad, porque así se expresa o porque o es voluntad de la ley, sino porque en el establecimiento de determinadas formalidades que se observen en dicho actos procesales, subyacen bienes constitucionalmente protegidos (RTC 197-2005-PA/TC, FJ 7 in fine)”.

Que en tal sentido, la declaración de nulidad de un acto procesal requerirá la presencia de un vicio relevante en la configuración de dicho acto (principio de trascendencia), anomalía que debe incidir de modo grave en el natural desarrollo del proceso, es decir, que afecte la regularidad del procedimiento judicial. Por lo tanto, la declaratoria de nulidad de un acto procesal viciado, únicamente procederá como última ratio, pues de existir la posibilidad de subsanación (principio de convalidación) por haber desplegado los efectos para el cual fue emitido, sin afectar el proceso, no podrá declararse la nulidad del mismo.

Que teniendo en cuenta que los procesos constitucionales tienen por finalidad brindar tutela judicial urgente frente a la vulneración de los derechos fundamentales y a su vez garantizar la primacía de la Constitución, el legislador ha diseñado un trámite judicial corto para efectos de cumplir con dichos fines, razón por lo que estos procesos judiciales resultan ágiles para restaurar la eficacia de los derechos fundamentales lesionados; sin embargo, la presencia de actos procesales viciados no resultan ajenos a este tipo de procesos, por lo que en principio, el trámite judicial para declarar su nulidad, resultará el regulado en el artículo 176º del Código Procesal Civil, aunque claro está, el juzgador se encontrará en la obligación de evitar dilaciones indebidas en el traslado y resolución de dicho incidente, encontrándose incluso facultado para reducir los plazos que dicho trámite establece a fin de evitar la desnaturalización del proceso constitucional.

Que asimismo, debe precisarse que para resolver este tipo de incidencia procesal, el juez constitucional necesariamente debe observar los principios de trascendencia y convalidación a fin de procurar compatibilizar las finalidades de esta mo-

dad de nulidad con las finalidades de los procesos constitucionales. En consecuencia, será necesario que el nulidisciente demuestre que la anomalía procesal (error in procedendo o error in iudicando) producida por el vicio, resulte constitucionalmente relevante, es decir, que la irregularidad denunciada genere un perjuicio cierto e inminente frente a alguno de sus derechos fundamentales, el cual requiera ser restituido de manera urgente a razón de regularizar el debido procedimiento judicial constitucional. Asimismo, será de cargo del nulidisciente acreditar que su pedido resulta oportuno y que no convalidó tácitamente la existencia del vicio denunciado.

Que es por ello, que el trámite de la nulidad procesal en los procesos constitucionales se torna en un remedio procesal de trámite inmediato, por lo que corresponderá desestimar todo aquel pedido que no reúna las condiciones antes referidas. Asimismo, no resultará procedente plantear este tipo de incidente cuando se pretenda cuestionar una decisión jurisdiccional, ya que ello puede plantearse a través de un medio impugnatorio en la oportunidad que corresponda, salvo que la decisión judicial sea la última instancia, situación frente a la cual únicamente corresponderá plantear este incidente por única vez, sustentado su pedido en un error in iudicando y aquel derecho fundamental que resultó afectado, pronunciamiento final que agotará la jurisdicción interna, quedando habilitado el recurrente –si lo considera pertinente– para acudir a la jurisdicción internacional⁵⁸⁰.

3. Proceso de hábeas data.

Debido a la creciente importancia que en el mundo globalizado ha alcanzado la información, hoy nuestra sociedad ha sido calificada significativamente como una “sociedad de la información”. En este tipo de sociedad, las tecnologías de la información, a la par de constituir elementos útiles para el desarrollo, se constituyen también en riesgos potenciales para determinados derechos fundamentales. La intimidad, el derecho al honor y la dignidad humana rozan constantemente con la libertad informativa que hoy a través del Internet trasciende fácilmente las fronteras nacionales. Para proteger a la persona contra el uso indiscriminado de la información personal, en el derecho comparado existe la figura del hábeas data que, en nuestro país también ha sido incluido en el catálogo de procesos constitucionales por el constituyente de 1993. Por otro lado, este proceso ha sido habilitado para proteger un derecho de raigambre más tradicional y que resulta imprescindible en toda sociedad democrática: el derecho al acceso a la información. Veamos como el Tribunal Constitucional ha delineado estos dos ámbitos de protección del proceso de hábeas data.

— *Noción.*

“El hábeas data es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución, que establecen, respectivamente, que “toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan por ley

⁵⁸⁰ STC 0294-2009-PA/TC, FF.JJ. 11-18.

o por razones de seguridad nacional”; y que “[...] los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no deben suministrar informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

De este modo, la Constitución protege a través del proceso de hábeas data tanto el derecho de todo ciudadano al acceso a la información pública, como el derecho a mantener en reserva la información que pueda afectar su intimidad personal y familiar (autodeterminación informativa)⁵⁸¹.

El capítulo XII, artículo 135 de la Constitución Nacional, cuyo texto dice: “Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el Magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos”.

Por su parte, la Ley Nro. 1969/2002 (que modifica, amplía y deroga varios artículos de la Ley Nro. 1682/2001 “Que reglamenta la información de carácter privado” establece en su artículo primero que: “Los datos de personas físicas o jurídicas que revelen, describan o estimen su situación patrimonial, su solvencia económica o el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras, podrán ser publicados o difundidos solamente: a) Cuando esas personas hubiesen otorgado autorización expresa y por escrito para que se obtengan datos sobre el cumplimiento de sus obligaciones no reclamadas judicialmente...” (sic).

Para resolver esta cuestión y aunque ya no nos constituimos en juzgadores primarios, debemos partir ineludiblemente del precepto constitucional regulador de la garantía constitucional de marras, a los efectos de una cabal comprensión del alcance de la misma, lo cual ha sido discutido en autos. Así tenemos que el art. 135 de la Constitución de la República reza: Del hábeas data. Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos”.

Fundamentalmente, el Hábeas Data es una institución jurídica de jerarquía constitucional y de índole tuitiva, que se muestra como una garantía con que cuenta o debería contar cualquier persona, en virtud de la cual, ella tiene la libertad de acceder a cualquier sistema de almacenamiento, procesamiento o suministro de datos de carácter público o privado, en que se hallen asentadas o de las que resulten informaciones sobre sí misma, sus bienes o sus actividades, para conocer el contenido la y finalidad de tales informaciones, cotejar su veracidad o impugnarlas si no estuvieren acordes con la realidad.

La garantía en estudio, antes que una herramienta procesal, está concebida como un derecho disponible por el individuo, que encuentra de esta forma una vía de acceso a cualquier banco, base, archivo o registro de datos que le conciernan, e inmediatamente, la potestad de resolver la transmisión, conservación confidencial o supresión de los mismos por afectar su sensibilidad personal. En esto consiste, elementalmente, el derecho a la autodeterminación informativa.

⁵⁸¹ STC 10614-2006-PHD, FJ 2 y 3.

No obstante, conviene señalar que el Hábeas Data es una garantía que opera ex post facto, pues actúa sobre situaciones ya padecidas. En otras palabras, el campo de acción de esta garantía constitucional constituye el dato o el cúmulo de datos ya registrado, es decir, que hayan sido incorporados a los registros y formen parte de ellos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, en teoría, hemos dicho que el Hábeas Data es una garantía constitucional, en la práctica, es una acción constitucional protectora de derechos tales como: el derecho a la intimidad, a la imagen, a la honra, a la dignidad, al honor y a la identidad personal, a la protección contra la discriminación, etc. Todos estos derechos son fundamentales para la persona, razón suficiente para su efectiva protección en virtud de esta institución que se sitúa o se debería situar en el más alto eslabón del ordenamiento jurídico positivo nacional, es decir, la Constitución.

Respecto del propósito o finalidad de esta institución jurídica, Enrique M. Falcón (1) afirma que el Hábeas Data pretende regular dos pretensiones sucesivas y secuenciales, una subsidiaria de la otra, la primera de información y la segunda de conocimiento y ejecución. Para que el Hábeas Data surta efecto informativo, es necesario que: a) se dirija a datos de personas o de cosas relacionadas a ellas; b) que tales datos consten en registros públicos o privados; y c) que los datos hayan sido deliberadamente asentados en los registros para su publicidad. Subsidiariamente, la pretensión de conocimiento y ejecución trae aparejada -previa bilateralidad de la audiencia- la petición de supresión, rectificación o actualización de los datos.

Tribunal de Apelaciones en lo Criminal de Asunción, sala 2. Habeas Data: ADM Paraguay S.A. c. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). (SD N° 08) ● 17/02/2014, Publicado en: , La Ley Online; Cita online: PY/JUR/38/2014

El derecho a accionar, parte del agravio que implica la existencia de errores, inexactitudes o falsedades en los datos referidos contenidos en un registro o base de datos.

"La acción que presupone el hábeas data esta prevista para obtener el acceso a información almacenada en bancos de datos a efectos de verificar su aptitud y, eventualmente, obtener su rectificación, cuando se trate de datos sensibles o en supuestos de falsedad o discriminación, su supresión, confidencialidad o de actualización. Se trata de datos relativos al afectado que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes. CNCom. Sala B, julio 4 de 1997". "Tassotti, L. G. Cización c. Veraz S.A.", LA LEY, 1997-F, 772, citado por Pierini-Lorences-Tornabene, en Hábeas Data, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.

— *Objeto del hábeas data*

"El proceso de hábeas data tiene como objetivo principal, según la Constitución, la protección

'(...) contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución.'

Y es justamente el artículo 2º, inciso 5) de la Norma Fundamental el que está en juego en esta oportunidad:

‘Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.’

Una regulación más específica de la materia del acceso a la información pública puede encontrarse en el Código Procesal Constitucional, que la trata sobre todo en el artículo 61º inciso 1)“⁵⁸².

— *Requisito para que proceda la entrega de información requerida vía el hábeas data*

“Según la normatividad sobre la materia, aparte de la existencia de un documento de fecha cierta, sin que ello suponga agotar la vía previa administrativa (artículo 62º del Código Procesal Constitucional), lo que sí es necesario para que proceda la entrega de información es que la realice el que efectivamente tenga o deba tener tales datos, tal como el propio artículo 61º, inciso 1) del Código Procesal Constitucional señala:

‘(...) toda persona puede acudir a dicho proceso para acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.’

Es decir que el emplazado por el afectado deba haber generado, producido, procesado o poseído tal información. Incluso, tal como este Colegiado lo ha señalado en la sentencia del Expediente N.º 7440-2005-PHD/TC, como parte de los fundamentos 8 al 10, si bien la entidad demandada puede no haber tenido la información solicitada, está obligada a entregarla al ciudadano siempre y cuando ella haya debido tenerla o detentarla”⁵⁸³.

— *Protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data.*

“[...] “[L]a protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de in-

⁵⁸² STC 09478-2006-PHD, FJ 1.

⁵⁸³ STC 09478-2006-PHD, FJ 3.

formación así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el hábeas data puede tener 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. Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, 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 que razonablemente no debieran encontrarse almacenados”⁵⁸⁴.

“En diversas ocasiones este Tribunal ha expuesto el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la autodeterminación informativa. Últimamente, en la STC 0746-2010-PHD/TC, recordando a su vez lo que se expresara en la STC 04739-2007-PHD/TC, el Tribunal Constitucional recordó que este derecho garantiza una serie de facultades “que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos” [Fund. Jur. 4].

La finalidad de este derecho, como también se expresara en la STC 1797-2002-HD/TC, es garantizar a la persona frente a los excesos derivados del uso, manipulación y difusión de los datos personales o familiares registrados mediante medios informáticos o electrónicos. Tal garantía trasciende los abusos o riesgos que pudieran involucrar la esfera personalísima y se extiende a los efectos que pudieran ocasionar en la totalidad de los ámbitos de su vida.

Uno de esos ámbitos de la vida en los que se proyectan las posiciones iusfundamentales garantizadas por este derecho está vinculado al registro de la información financiera destinada al cálculo del riesgo crediticio. En este ámbito, la facultad de controlar la información que se encuentra compilada en las centrales de riesgo – sean públicas o privadas– preserva al titular de la información de los potenciales abusos que la publicidad de sus datos crediticios y financieros pudiera ocasionarle y que, como consecuencia de ello, se incida negativamente en el goce y ejercicio de una serie de derechos e intereses de muy diversa clase (constitucionales, legales, contractuales, etc.).

Entre esas facultades se encuentran, por ejemplo, el control de la legalidad de la obtención de la información, que la información no contenga aspectos íntimos, pero también, entre otros, que los datos que legítimamente se hallen almacenados satisfagan criterios de veracidad, integridad, utilidad y caducidad.

La necesidad de que la información almacenada satisficiera los criterios de veracidad, integridad, utilidad y caducidad fueron expuestos tempranamente por este Tribunal en las STC 0666-1996-HD/TC y 1792-2002-HD/TC, y se encuentran regulados en el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 61.2 declara que el derecho a la autodeterminación informativa garantiza “Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archi-

⁵⁸⁴ STC 10614-2006-PHD, FJ 4.

vos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales”.

Las mismas garantías han sido recogidas por la Ley 27489 en el ámbito de las centrales privadas de riesgos, al establecerse, entre los lineamientos generales de recolección y tratamiento de la información, que esta deba ser “exacta”, “veraz” y que su conservación sólo podrá efectuarse “durante el plazo legal establecido o, en su defecto, durante el tiempo necesario para los fines para los que fue recolectada” (art. 9, incisos c y d).

La limitación temporal del almacenamiento de la información financiera destinada al cálculo del riesgo crediticio está directamente relacionada con la facultad de que los datos que se conserven en un registro informático sean actuales y veraces. A juicio del Tribunal, la única manera de que a través de los datos se pueda proyectar una imagen real del comportamiento de una persona en el sistema bancario y financiero es que estos sean constantemente actualizados. Tal actualización presupone, in nuce, una prohibición de almacenamiento ad aeternum de los datos. En particular, de los denominados “datos negativos”, es decir, de los que registran una mala práctica en el mercado, pues también las malas historias crediticias se pueden revertir por la adopción de hábitos de honramiento de las obligaciones contraídas o, llegado el caso, incluso por efectos legales del transcurso del tiempo.

La vigencia del registro de información bancaria o financiera adversa en un banco de datos no se relaciona necesariamente con la satisfacción (extemporánea) de una obligación patrimonial. La exigencia de veracidad de este tipo de información requiere que también se registre los antecedentes financieros y la solvencia económica de las personas, principalmente en lo que se refiere a la capacidad y trayectoria de endeudamiento y pago. La información de que una obligación patrimonial se ha extinguido por su pago oportuno es tan valiosa como la información de que dicha obligación se ha extinguido fuera del plazo, por medio de una acción judicial o, en fin, como consecuencia de los efectos legales atribuidos al transcurso del tiempo sin que se haya ejercitado judicialmente los derechos del acreedor. Toda ella, llegado el caso, forma parte de la información actualizada y no desaparece o deja de existir por el hecho de que ya no se encuentra pendiente de cumplimiento, pues la historia o “imagen crediticia” de una persona está conformada por una serie de datos que en el tiempo evidencian su comportamiento en el mercado, y no se reducen sólo al último hecho.

Sin embargo, como antes se ha expresado, cualquiera que fuera el caso de información adversa que se pueda haber registrado en un banco de datos, el deber que tienen de proporcionar información veraz exige que estos sean actualizados constantemente, y reparar que ella no puede mantenerse registrada eternamente. Ello vale incluso para el caso de las obligaciones insolutas, en particular, cuando su exigibilidad haya superado el término de prescripción legal para poder reclamar su satisfacción. En tales casos, la conservación sine die de los datos negativos de la persona constituye un ejercicio abusivo del poder, pues pese a que el ordenamiento jurídico ha establecido que el transcurso del plazo legal extingue la obligación insoluta, se prosigue irradiando una imagen crediticia y financiera no veraz al pro-

yectar como actual el incumplimiento de obligaciones que se encuentran excluidas del tráfico jurídico.

Un supuesto de esta naturaleza es lo que se ha expuesto como causa petendi en esta demanda de Hábeas Data. Como se ha recordado en el Fundamento N.º4 de esta sentencia, el recurrente no cuestiona la vigencia del registro de información financiera debido al hecho de haber honrado sus obligaciones patrimoniales con el Banco Continental, sino a que se mantenga registrada pese a que la obligación se ha extinguido a causa de las reglas de caducidad del Código Civil.

La SBS, por su parte, ha sostenido que la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N.º 26702, aplicable en su caso, no contempla plazos máximos de permanencia de la información de los deudores, por lo que mientras no se reporte la satisfacción de una obligación, el registro se mantendrá “sin ningún tipo de limitación ni tiempo mientras los compromisos no hayan sido honrados” [Folios 55].

El Tribunal Constitucional observa, efectivamente, que para el caso de las centrales privadas de riesgo, el legislador ha considerado límites temporales de registro y publicidad para algunos supuestos de información adversa [artículos 9, inciso d), y 10 de la Ley 27489]. Así también y en lo que se refiere al ámbito público, el artículo 85.2 de la Ley de Títulos Valores (Ley N.º 27287) prevé límites de tiempo de 5 y 3 años, respectivamente, según sea que el título valor no haya sido pagado o éste ya se encuentre cancelado totalmente. Esta información está centralizada en el Registro Nacional de Protestos y Moras de la Cámara de Comercio de Lima, el mismo que tiene carácter público.

Similares plazos no han sido considerados para el caso de la Central de Riesgo de la SBS. Evidentemente, la determinación de tal regulación no es competencia del Tribunal Constitucional sino del legislador. Corresponde a éste, en ejercicio de sus competencias, ponderar abstractamente los diversos supuestos de información adversa y establecer plazos finales diferenciados de registro y publicidad. Si bien, actualmente existe el Proyecto de Ley N.º 4455/2010-CR, presentado el 11 de noviembre de 2010, cuya finalidad precisamente es regular sobre la Central de Riesgos de la SBS, en tanto no se legisle sobre la materia, se incurrirá en un supuesto abstracto de inconstitucionalidad por omisión, que es menester poner en conocimiento del Congreso de la República.

Desde luego, la inexistencia de un plazo legal de permanencia de datos negativos no confiere a la Central de Riesgos de la SBS la competencia para mantener sine die el registro de información adversa. Ello es incompatible con el derecho a la autodeterminación informativa, que exige que los datos mantenidos en un banco informático sean actuales y veraces. Y olvida, por otro lado, que la obligación de respetar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la autodeterminación informativa no está supeditada a la interpositio legislatoris. Los derechos fundamentales no están a expensas de lo que el legislador haga o, como en este caso, deje de hacer. Ellos “valen” (es decir, vinculan) por sí mismos y no porque exista una ley que declare tal vinculación”⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ STC 4227-2009-HD/TC, FF.JJ. 5-15.

— *Protección del derecho al acceso a la información pública a través del hábeas data.*

Del mismo modo, el TC ha determinado que el derecho al acceso a la información pública, como derecho protegido por el proceso constitucional de hábeas data, se encuentra comprendido por dos dimensiones, una individual y otra colectiva, pues su ejercicio no interesa sólo a un ciudadano, individualmente considerado, sino a la sociedad en su conjunto, en tanto bien coadyuvante al mantenimiento y consolidación de un Estado democrático. Veamos esta postura del TC:

“El derecho de acceso a la información pública evidentemente se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información. Y al igual de lo que sucede con esta última, debe indicarse que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna.

Tal condición instrumental del derecho de acceso a la información pública se puede apreciar en el caso de autos. En efecto, conforme se expresa en la carta notarial dirigida al entonces segundo vicepresidente de la República, no encontrándose obligado a dar las razones de la información requerida, el recurrente alega que la información requerida es importante para poder ejercer su libertad de investigación sobre la diplomacia presidencial en el Perú.

En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática.

Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede sino destacar que el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. En efecto, el derecho en referencia no sólo constituye una concretización del prin-

cipio de dignidad de la persona humana (art. 1° de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública. La democracia, se ha dicho y con razón, es por definición el "gobierno del público en público" (Norberto Bobbio). De ahí que disposiciones como la del artículo 109° o 139°, inciso 4), de la Constitución (por citar sólo algunas), no son sino concretizaciones, a su vez, de un principio constitucional más general, como es, en efecto, el principio de publicidad de la actuación estatal⁵⁸⁶.

En resolución la Corte Suprema de Justicia se ha expedido en relación a la acción de amparo deteminando su objeto, procedimiento y requisitos disponiendo:

2. Objeto

La acción de Hábeas Data tiene por objeto, a) acceder a la información y a los datos que consten en registros públicos o privados de carácter público; b) conocer el uso o finalidad de tales registros, y c) solicitar la actualización, rectificación o destrucción de aquellos supuesto que fueren erróneos o afectaren indefinidamente sus derechos.

3. Procedimiento:

El primer requisito que debe acreditarse es que existe algún registro en el que consten datos relativos a una persona. Nótese bien que la Constitución con claridad, nos habla de "registros oficiales o privados de carácter público".

Debe esclarecerse que un "registros" es un repositorio documental ordenado a los efectos de su compulsa, que está librado al servicio público, con la finalidad de brindar certeza o seguridad jurídica, como ocurre con los distintos registros que funcionan bajo la dependencia del Poder Judicial. Por eso Montoro Puerto: (Apuntes para la estructura de una Administración Registral, Madrid, año 1972), establece que su nota característica es la idea de publicidad. Y es precisamente a ello a cuanto alude la Constitución, desde que en caso contrario no hubiere expresado "registros oficiales", sino "archivos oficiales" que, por la reserva con que deben ser manejados, no pueden ser librados desaprensivamente a la publicidad, tanto más que ello podrá afectar inmotivadamente derechos de terceros. Actualmente este hecho adquiere su más gráfica explicitación si consideramos como tales, a las Bases de Datos, que pueden anotar o fijar datos relativos a una persona, afectándola en intimidad o imagen.

Con miras a precautar derechos de terceros, por lo que se refiere este requisito, la Corte insiste en el hecho de que debe mediar la máxima circunspección y prudencia por parte de los Magistrados, la evaluación de la cuestión. Debe mediar un previo juicio de mérito, ante el Magistrado competente, de suerte a poner en evidencia la legitimidad del reclamo y la compulsa, antes que se pase a una fase de discusión.

⁵⁸⁶ STC 1797-2002-HD/TC, FF.JJ. 10-11.

Establecida la existencia del Registro, y los datos relativos a la persona que solicita su examen, se pasa a la segunda etapa; esto es, la contrastación de tales datos con los manifestados y justificados por tal persona. Necesariamente, a los efectos de la observancia de las reglas del debido proceso legal, en esta etapa debe observarse el principio de bilateralidad, desde que en caso contrario se libraría al arbitrio de cualquier asentar en registros públicos cualquier dato que pudiera resultar inexacto y con ello ocasionar perjuicio a terceros.

Culminada la etapa anterior, la cuestión queda en manos del Juez, quien debe realizar una labor axiológica compulsando, en primer lugar la validez de las evidencias presentadas a su juzgamiento. En segundo lugar, si las anotaciones el registro, "ilegítimamente" afectan los derechos de la persona recurrente, y en función a ello en tercer lugar, adoptar una decisión que solamente puede tener como contenido: a) No hacer lugar a la petición porque los datos son correctos; b) disponer, en su caso la corrección de los datos asentados en el registro, ante la constatación del error existente, y c) disponer la destrucción de lo que estuviere indebidamente asentado en el registro, supuesto que tales datos, aparte de erróneos afecten ilegítimamente los derechos del recurrente.

d) Requisitos:

De lo expuesto fluye que cualquier petición de Hábeas data necesariamente debe, a) Identificar el registro de que se trata; b) expresar si se conoce o no su contenido y en la primera hipótesis, enunciar en qué consiste; c) presentar pruebas u ofrecer probar el error o inexactitud de lo registrado, y d) expresar en qué consiste la ilegalidad que afecta sus derechos.

La Corte estima que las acciones y peticiones judiciales deben hallarse revestidas de un *mínimum* de racionalidad y coherencia, que hagan posible, el correcto ejercicio de la función jurisdiccional. En caso contrario, asistiríamos a una indebida desnaturalización de institutos tan nobles, como los establecidos en la Constitución, para garantía de todos los ciudadanos.

La desnaturalización que se aprecia en el abuso del ejercicio de acciones similares, termina por anegar la administración de la justicia —como desafortunadamente se viene advirtiendo— con peticiones o acciones singularmente inoficiosas, que a la par de generar falsas expectativas, distraen la atención de los señores Magistrados de menesteres importantes, con toda la secuela de pérdida de tiempo y gastos inútiles para todos. Es la razón por la que ha dispensado este tratamiento a la cuestión suscitada, a fin de que conociéndose, cuando menos el criterio de este Tribunal, los demás órganos de la administración ajusten a su desempeño a los criterios de racionalidad y seriedad expuestos.

Corte Suprema de Justicia del Paraguay, en pleno Stanley Chamorro, María del Rosario (A.I. N° 649) 25/06/1996. Publicado en: LLP 1999, 1230 Cita online: PY/JUR/130/1996

— *Clases de hábeas data.*

Del mismo modo que en el proceso de hábeas corpus y con el fin de determinar mejor su objeto, el Colegiado Constitucional ha procedido a realizar una clasificación del hábeas data. Veamos.

a) *Hábeas data informativo*: por medio de la cual se procura recabar la información necesaria para permitir a su promotor, a partir de ésta, verificar si los datos del sistema están funcionando legalmente o si, por el contrario no lo están en cuyo caso habrá de solicitar información de las operaciones sobre los asientos registrados o sobre el sistema de información en sí mismo. Se subdivide en tres tipos: 1) finalista, cuando se indaga acerca de la finalidad para la cual se creó el registro, con lo que se llega a determinar si el tipo de datos almacenados se corresponden con dicha finalidad; 2), exhibitorio, por el que se indaga qué datos de carácter personal se encuentran almacenados en un banco de información; y finalmente, 3), autoral, en el cual se indaga acerca de quién proporcionó los datos almacenados en el banco de datos.

b) *Hábeas data aditivo*: tiene por finalidad agregar al sistema de información datos de carácter personal no asentados en éste. Éste puede, a su vez, ser actualizador –para actualizar datos vetustos pero ciertos-, aclarador –para aclarar datos que pueden ser incorrectamente interpretados por quien acceda a los mismos-, o inclusorio –para incluir datos aún no incorporados-.

c) *Hábeas data rectificador o correctivo*: dirigido a corregir los datos falsos, inexactos o imprecisos.

d) *Hábeas data exclutorio o cancelatorio*: cuyo objeto es excluir información de un banco de datos que el titular considera debe ser cancelada.

e) *Hábeas data reservador*: destinado a asegurar que un dato correcta y legítimamente almacenado sea mantenido en confidencialidad. Se vincula frecuentemente a la reserva de datos sensibles.

g) *Hábeas data de acceso a la información pública*: garantiza el libre acceso a la información pública, sin embargo en algunos casos se restringe esta garantía tratándose de asuntos relacionados a la seguridad del Estado.

Este último constituye lo que puede denominarse como hábeas data “impropio”, frente a los hábeas data “propios”, que comprende los cuatro anteriores (informativo, aditivo, rectificador, exclutorio y reservador)⁵⁸⁷.

“(…) este Colegiado considera pertinente, a efectos de cumplir la función pedagógica de sus resoluciones, precisar los tipos de hábeas data que se encuentran establecidos tanto en la Constitución Política (art. 200, inciso 3) como en el Código Procesal Constitucional (art. 61 °). En tal sentido, los tipos de hábeas data son los siguientes:

1. **Hábeas Data Puro**: Reparar agresiones contra la manipulación de datos personalísimos almacenados en bancos de información computarizados o no.

1.1. **Hábeas Data de Cognición**: No se trata de un proceso en virtud del cual se pretende la manipulación de los datos, sino efectuar una tarea de conocimiento y de supervisión sobre la forma en que la información personal almacenada está siendo utilizada.

⁵⁸⁷ RTC 06164-2007-PHD, FJ 2.

1.1.1. Hábeas Data Informativo: Está dirigido a conocer el contenido de la información que se almacena en el banco de datos (qué se guarda).

1.1.2. Hábeas Data Inquisitivo: Para que se diga el nombre de la persona que proporcionó el dato (quién).

1.1.3. Hábeas Data Teleológico: Busca esclarecer los motivos que han llevado al sujeto activo a la creación del dato personal (para qué).

1.1.4. Hábeas Data de Ubicación: Tiene como objeto que el sujeto activo del poder informático responda dónde está ubicado el dato, a fin de que el sujeto pasivo -el accionante- pueda ejercer su derecho (dónde).

1.2. **Hábeas Data Manipulador:** No tiene como propósito el conocimiento de la información almacenada, sino su modificación.

1.2.1. Hábeas Data Aditivo: Agrega al banco de datos una información no contenida. Esta información puede consistir: en la actualización de una información cierta pero que por el paso del tiempo se ha visto modificada; también puede tratarse de una información que tiene como objeto aclarar la certeza de un dato que ha sido mal interpretado; o incorporar al banco de datos una información omitida que perjudica al sujeto pasivo.

1.2.2. Hábeas Data Correctivo: Tiene como objeto modificar los datos imprecisos y cambiar o borrar los falsos.

1.2.3. Hábeas Data Supresorio: Busca eliminar la información sensible o datos que afectan la intimidad personal, familiar o cualquier otro derecho fundamental de la persona. También puede proceder cuando la información que se almacena no guarda relación con la finalidad para la cual ha sido creado el banco de datos.

1.2.4. Hábeas Data Confidencial: Impedir que las personas no autorizadas accedan a una información que ha sido calificada como reservada. En este tipo, se incluye la prohibición de datos que por el paso del tiempo o por sentencia firme se impide su comunicación a terceros.

1.2.5. Hábeas Data Desvinculador: Sirve para impedir que terceros conozcan la identificación de una o más personas cuyos datos han sido almacenados en función de determinados aspectos generales como la edad, raza, sexo, ubicación social, grado de instrucción, idioma, profesión.

1.2.6. Hábeas Data Cifrador: Tiene como objeto que el dato sea guardado bajo un código que sólo puede ser descifrado por quien está autorizado a hacerlo.

1.2.7. Hábeas Data Cautelar: Tiene como propósito impedir la manipulación o publicación del dato en el marco de un proceso, a fin de asegurar la eficacia del derecho a protegerse.

1.2.8. Hábeas Data Garantista: Buscan el control técnico en el manejo de los datos, a fin de determinar si el sistema informativo, computarizado o no, garantiza la confidencialidad y las condiciones mínimas de seguridad de los datos y su utilización de acuerdo con la finalidad para la cual han sido almacenados.

1.2.9. Hábeas Data Interpretativo: Tiene como objeto impugnar las valoraciones o conclusiones a las que llega el que analiza la información personal almacenada.

1.2.10. Hábeas Data Indemnizatorio: Aunque no es de recibo en nuestro ordenamiento, este tipo de habeas data consiste en solicitar la indemnización por el daño causado con la propalación de la información.

2. **Habeas Data Impuro:** Solicitar el auxilio jurisdiccional para recabar una información pública que le es negada al agraviado.

2.1. **Hábeas Data de Acceso a Información Pública:** Consiste en hacer valer el derecho de toda persona a acceder a la información que obra en la administración pública, salvo las que están expresamente prohibidas por la ley⁵⁸⁸.

— *La motivación de la información peticionada no forma parte de los derechos que tutela el hábeas data*

“Aunque el demandante tiene el derecho de conocer el contenido del Expediente N.º 1197 formado como consecuencia de su solicitud, su pretensión de que la información requerida contenga una motivación detallada sobre las circunstancias del por qué no fue incluido en el antes referido listado, no se corresponde strictu sensu con el proceso de hábeas data, puesto que podría ocurrir que tal motivación no exista o que exista sólo parcialmente, debiéndose limitar la demandada, a entregar la información requerida, en los propios términos en los que aparece en el expediente. La razón de ser de esta premisa reside en el hecho, de que la información pública, obliga al Estado o a sus instituciones, a proporcionarla a quien la requiere, pero no a producir información distinta o adicional a la ya existente.

Si como sucede en el caso de autos la motivación no existe o esta resulta deficiente, tal situación puede considerarse discutible, pero además su dilucidación no resulta pertinente en el proceso constitucional de hábeas data sino en otra clase del proceso ordinario. Bajo tales circunstancias y teniendo aun el demandante, razón cuando requiere información sobre su expediente, no la tiene en cambio y desde el punto de vista del proceso planteado, y menos cuando pretende que tal información le sea entregada de manera condicionada⁵⁸⁹.

— *Reconversión de hábeas data en amparo.*

“Tras constatarse que la reclamación planteada ha sido erróneamente tramitada como hábeas data, cuando lo debió ser por vía del amparo, bien podría este Colegiado disponer la nulidad de los actuados y el reencausamiento de la demanda. Sin embargo, tomando en consideración que el juzgador competente es exactamente el mismo en ambos casos y que resultaría inoficioso rehacer un procedimiento cuando existen suficientes elementos para merituar su legitimidad, este Tribunal estima pertinente proceder a la inmediata reconversión del proceso planteado en uno de amparo. Por lo demás, esta alternativa se encuentra sustentada en el principio iura novit curia, reconocido en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional, y ha sido utilizada en otras oportunidades como sucedió, por ejemplo, con la sentencia recaída en el Expediente No 2763-2003-AC/TC, en que una demanda de cumplimiento fue reconvertida y resuelta como una de amparo⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ RTC 06164-2007-PHD, FJ 2.

⁵⁸⁹ 0393-2007-PHD, FJ 4 Y 5.

⁵⁹⁰ STC 1052-2006-PHD/TC, FJ. 4.

— *Hábeas data y principios de publicidad y transparencia.*

De otro lado, es preciso anotar que el proceso de hábeas data puede ser visto también, desde el punto de vista del acceso a la información pública, como un importante mecanismo de control y fiscalización de los ciudadanos sobre las autoridades en nuestro sistema democrático. Y es que como lo ha resaltado el propio Tribunal:

“A través de este derecho [de acceso a la información pública] se posibilita que los individuos puedan formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática. Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la *res pública* termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación”⁵⁹¹.

Ello explica bien por qué, para el Tribunal Constitucional, existe una íntima relación entre el proceso de hábeas data y el principio de transparencia en el Estado democrático, cuando del manejo de la *res pública* se trata, en los siguientes términos:

“El proceso de Hábeas Data está directamente vinculado con la trascendencia que adquiere en los actuales sistemas democráticos el principio de transparencia en el ejercicio del poder público. Se trata de un principio de relevancia constitucional implícita en el modelo de Estado Democrático y social de Derecho y la fórmula republicana de gobierno a que aluden los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución. Ahí donde el poder emana del pueblo, como señala la Constitución en su artículo 45.º, éste debe ejercerse no solo en nombre del pueblo sino de cara a él. La puesta en práctica del principio de transparencia coadyuva a combatir los índices de corrupción en el Estado y, al mismo tiempo, constituye una herramienta efectiva contra la impunidad del poder permitiendo que el pueblo tenga acceso a la forma como se ejerce la delegación del poder. Una de las manifestaciones del principio de transparencia es, sin duda, el derecho de acceso a la información pública que este Colegiado tiene desarrollado en su jurisprudencia (véase, entre otras, la STC 1797-2002-HD/TC). No obstante, el principio de transparencia no agota aquí sus contenidos, en la medida en que impone también una serie de obligaciones para los entes públicos no solo con relación a la información.

Así, por ejemplo, se ha sostenido que no cualquier información crea transparencia en el ejercicio del poder público, sino aquella que sea oportuna y confiable para el ciudadano. En tal sentido, el Instituto del Banco Mundial, encargado de crear los índices de gobernabilidad, ha establecido cuatro componentes que configuran una información transparente: accesibilidad, relevancia, calidad y confiabilidad. De este modo, las leyes de acceso a la información, como ocurre con la Ley N° 27806, son

⁵⁹¹ STC 02861-2009-PHD/TC, FJ. 6.

solo un instrumento que debe permitir la concretización del principio de transparencia; no obstante, un acceso efectivo y oportuno requiere de acciones de parte de los poderes públicos que hagan posible una información útil, manejable y sobre todo confiable y oportuna que solo se logra con la transformación de las administraciones hacia un modelo transparente de actuación y gestión.

En esta línea, debemos resaltar la relevancia que adquieren los documentos internacionales como es el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada mediante Resolución Legislativa Nº 26757 y ratificada por Decreto Supremo Nº 012-97-RE, de 13 de marzo de 1997. Esta Convención establece en su artículo III, numeral 5, que:

‘[...] los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 5) Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas’.

Especial trascendencia tiene el principio de transparencia respecto del manejo de los gastos públicos. En este ámbito la exigencia de que la administración cuente con mecanismos de archivos confiables y de fácil acceso al ciudadano garantiza un control permanente de la actuación del poder en el manejo del presupuesto público. De este modo, se logra que cualquier ciudadano, cuando lo requiera, pueda acceder en forma sencilla y sin mayores interferencias a controlar la forma en que se han invertido sus aportes al erario público a través de los impuestos. De modo que a ninguna instancia de la administración y menos a un gobierno municipal debe extrañar que un ciudadano o un vecino cualesquiera, y sin expresar más razón que su deseo de conocer el manejo del presupuesto del municipio, solicite que la autoridad a través de la oficina correspondiente informe sobre los gastos efectuados en un determinado rubro y dentro de un periodo determinado. Un sistema de administración acorde con los estándares del Estado Democrático y Social de Derecho debe, pues, estar organizado de forma tal que este tipo de pedidos no encuentren improvisados los archivos, pues se trata de información pública indispensable para dar cumplimiento al principio constitucional de transparencia”⁵⁹².

— *El derecho de acceso a la información frente a entidades privadas.*

Asimismo, es importante destacar que el Tribunal Constitucional ha venido estimando sendas demandas de hábeas data interpuestas contra entes privados, bajo el argumento de que la información solicitada tenía carácter público, habida cuenta del servicio prestado. Al respecto, cabe señalar que, de conformidad con el artículo 9º de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, las personas jurídicas privadas que efectúan servicios públicos o efectúan funciones administrativas “están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce”. En ese sentido, por ejemplo, el Tribunal ha sostenido lo siguiente:

⁵⁹² STC 06070-2009-PHD/TC, FJ. 5 al 7. Sobre los presupuestos materiales para el derecho de acceso a la información pública, véase la STC N.º 01133-2012-HD/TC, FJ. 7 al 10.

“El transporte aéreo, debido a su naturaleza regular y a su finalidad en pro de satisfacer determinadas necesidades sociales, repercute sobre el interés general, y debe por tanto ser considerado como un servicio de naturaleza pública. Por ello, aquella información que se encuentre estrechamente vinculada con este servicio debe ser brindada a cualquier ciudadano que así lo solicite, ya que de lo contrario dichos actos se configurarían como lesivos al derecho fundamental de acceso a la información.

En tal sentido, este Colegiado estima que la información solicitada sobre el tipo o naturaleza de los reclamos que se hayan interpuesto con relación al servicio público de transporte aéreo; así como el número de reclamos solucionados y no solucionados, derivados a otras instancias o instituciones en los dos últimos años, se encuentran vinculados a la administración del servicio público que ejerce la emplazada.

Debe, en todo caso, precisarse que la información a entregar es de carácter preexistente, esto es, la que se encuentre en posesión de la emplazada contenida en documentos escritos, soporte magnético o digital o en cualquier otro formato; ello, en aplicación del artículo 10 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”⁵⁹³.

Igualmente, tratándose de la información relacionada con una entidad privada que brinda servicios de educación, el Tribunal Constitucional ha argumentado lo siguiente:

“Como se recordará, el derecho a la educación ha sido reconocido como un ‘servicio público’, debido a su carácter prestacional, el cual, y sin distingo alguno, está orientado a la satisfacción de necesidades que repercuten sobre el interés general. Por ello, aquella información que se encuentre estrechamente vinculada con este servicio debe ser brindada a cualquier ciudadano que la solicite, ya que de lo contrario dichos actos se configurarían como lesivos al derecho fundamental de acceso a la información.

Este Colegiado estima que la información solicitada sobre la modalidad de selección y calificación del examen de admisión a la universidad antes aludida, el número de reclamos administrativos de los dos últimos años que hayan tenido relación con la calidad académica y con la modalidad de examen de ingreso, así como la existencia o no de algún sistema de acreditación académica nacional o internacional con el que cuenten, se encuentra vinculada con las características del servicio educativo que brinda la emplazada”⁵⁹⁴.

— *Derecho de acceso a la información y principio de legalidad.*

“Por otra parte, conviene recordar que en anterior oportunidad, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de una pretensión sustancialmente idéntica presentada por el demandante contra el Ministerio de Defensa en la sentencia recaída en el Expediente N.º 09944-2005-PHD/TC.

⁵⁹³ STC 04339-2008-PHD/TC, FJ. 11 al 13.

⁵⁹⁴ STC 03887-2008-PHD/TC, FJ. 9 y 10.

En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, al considerar que la publicación de la información contenida en la sección primera de las declaraciones juradas constituiría una invasión a la intimidad personal y familiar.

Sin perjuicio de dicha consideración, la lectura conjunta de los fundamentos jurídicos 5 y 6 de dicha sentencia pudieran dar a entrever que este Colegiado validó que, vía una norma reglamentaria, se establezca una diferenciación de las secciones de las declaraciones juradas, lo que trajo como consecuencia la exclusión de la publicidad de una de dichas secciones.

Ahora, un primer punto consiste en determinar si resulta necesario que el límite al ejercicio de un derecho fundamental se encuentre reconocido en una norma con rango de ley. Y es que, así como la trasgresión al principio de legalidad supone en el ámbito penal una afectación al derecho a la libertad personal generalmente; en el ámbito tributario, una afectación al derecho a la propiedad privada; en el ámbito de la normativa que regula la transparencia en la gestión estatal puede suponer una afectación al derecho de acceso a la información pública.

No obstante ello, resulta aceptable alegar en el presente caso la distinción existente entre el principio de legalidad y el principio de tipicidad. Así pues, cuando el Tribunal Constitucional desarrolló dicha distinción en materia sancionatoria, mencionó lo siguiente:

“El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N.º 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

(...)

Sin embargo, no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2.24 d) de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo reputado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos” (STC N.º 1182-2005-PA/TC, Fundamentos Jurídicos 14 y 15).

A juicio de este Colegiado, de ser aplicable la distinción entre los principios antes mencionados en lo relativo a la regulación de las excepciones al ejercicio de los derechos fundamentales, debe resaltarse que lo dispuesto en el reglamento constituye únicamente un desarrollo de lo dispuesto en la norma con rango legal y que de la redacción de esta última debe desprenderse directamente la limitación contenida en el reglamento; sin que sea necesaria una interpretación extensiva –proscrita para el caso de las restricciones de los derechos fundamentales– de la norma legal. Caso contrario, la conclusión será que se ha trasgredido el principio de

legalidad, resultando, en principio, dicha negativa de acceso a la información inconstitucional.

En esa dirección, cabe preguntarse si necesariamente toda restricción al ejercicio de un derecho fundamental debe encontrarse expresamente estipulada en una norma con rango de ley. Dicha interrogante trata de plantear el supuesto en el que una norma con rango legal que desarrolle el contenido de un derecho fundamental y, consecuentemente, regule su ejercicio, no contemple la existencia de ningún límite a éste –entiéndase, al ejercicio del derecho constitucional–, por lo que en un caso concreto, el admitir el ejercicio irrestricto del derecho pueda implicar la afectación de otro de igual jerarquía (abuso del derecho proscrito en el artículo 103º de la Constitución) y ello pueda terminar siendo atentatorio de otro derecho fundamental.

Aquí, como resulta evidente, no puede alegarse la afectación del principio de legalidad en desmedro de un derecho fundamental. Así pues, en tanto que el artículo 51º de la Constitución consagra los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa, en ningún supuesto –incluso en aquellos en los que una norma desarrolle los alcances de los derechos fundamentales– puede admitirse que una norma, por comisión u omisión, transgreda los derechos constitucionales u otras disposiciones constitucionales.

En el presente caso, cabe recordar que el artículo 15º de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública consagra como excepciones al ejercicio de dicho derecho constitucional, entre otras, las siguientes:

“Artículo 15º.- Excepciones al ejercicio del derecho

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la siguiente:

(...)

c) La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil.

(...)

h) La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar (...)

i) Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución, o por una Ley aprobada por el Congreso de la República.

Los casos establecidos en el presente artículo son los únicos en los que se pueden limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. No se puede establecer por norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente ley”.

Precisamente atendiendo a dicho artículo es que la parte demandada argumenta que el principio de legalidad se cumple en las excepciones antes señaladas pero no en las normas reglamentarias, de forma tal que incluso el sustento de la renuncia a entregar la información comprendida en la sección primera de las declaraciones juradas solicitadas se encontraría en el derecho fundamental a la intimidad.

Lo expuesto, nos conduce entonces a determinar, independientemente de si la norma que clasifica como información reservada la sección primera de las declaraciones juradas tiene rango legal o reglamentario, si es que la información comprendida en la sección primera de la declaración jurada forma parte, en efecto, del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad; y si, de ser el caso, resulta proporcional la difusión de dicha información en procura de la realización de otros fines constitucionalmente legítimos, como lo son la transparencia en la gestión pública y el propio derecho de acceso a la información”⁵⁹⁵.

— *Derecho de acceso a la información y lucha contra la corrupción.*

“Del informe presentado en calidad de amicus curiae por el Open Society Justice Initiative, se advierte que una de las finalidades principales de la difusión de la mayor cantidad posible de información contenida en las declaraciones juradas de los funcionarios y servidores públicos, es la lucha contra la corrupción.

Respecto a este punto, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en anterior jurisprudencia ha considerado que la lucha contra la corrupción constituye un mandato constitucional. Así lo señaló, por ejemplo, en la Resolución de fecha 23 de abril del 2007, recaída en el Expediente N.º 0006-2006-PCC/TC: “(...) la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39º y 41º de la Constitución.”

Posteriormente, en las SSTC Nos 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (Acumulados), la lucha o proscripción de la corrupción fue consagrada como principio constitucional, en cuya labor de defensa el Tribunal Constitucional ha adoptado un rol activo. Por ello, menciona lo siguiente:

“El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción –tanto aquéllas vinculada al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil– obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, [a] tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello un directo atentado contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país” (Fundamento Jurídico 55).

En ese sentido, este Colegiado reconoce que uno de los mecanismos más efectivos de prevención de la lucha contra la corrupción es la publicación periódica, detallada y completa de los ingresos y rentas de los funcionarios y servidores públicos, ya que, al estar disponible dicha información, los incentivos para malversar los fondos públicos disminuirían considerablemente ante la amenaza de ser descubiertos; ya no solamente por las autoridades gubernamentales encargadas de procesar, almacenar y fiscalizar dicha información, o por las autoridades jurisdiccionales correspondientes; sino por cualquier persona interesada en obtener dicha información.

⁵⁹⁵ STC 4407-2007-HD/TC, FF.JJ. 5-15.

Ahora bien, en el presente caso no se encuentra en discusión la necesidad de difundir periódicamente dicha información de los funcionarios públicos, o si esta esté disponible a cualquier persona interesada. El objetivo es determinar si es posible publicar al detalle la información contenida en la sección primera de las declaraciones juradas, esto es, si resulta razonable y proporcional para la consecución de los fines de transparencia y lucha contra la corrupción el publicar o almacenar en bases de datos públicas la información detallada de los bienes e ingresos de los funcionarios públicos, información que, en parte, se hace extensible al cónyuge de estos.

Sobre este punto, hemos indicado cuáles informaciones comprendidas en la sección primera de las declaraciones juradas pueden ser válidamente difundidas, atendiendo a que dicha información puede ser obtenida mediante la sistematización de otras bases de datos administradas por entidades públicas; y cuáles sí forman parte del derecho a la vida privada. Es sobre este segundo extremo que consideramos pertinente efectuar un análisis en función del test de proporcionalidad⁵⁹⁶.

— *Derecho de acceso a la información y régimen de excepción.*

“La naturaleza de la información solicitada por el demandante nos lleva al interrogante sobre los alcances que tiene el establecimiento y la vigencia de un régimen de excepción para constituirse como una causa justificada de excepción o restricción de los derechos fundamentales.

Si advertimos lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución Política, la misma que debe ser interpretada restrictivamente, concluiremos que los únicos derechos fundamentales pasibles de ser restringidos son los de inviolabilidad de domicilio, reunión, tránsito y libertad personal.

Siguiendo esa línea argumentativa, una conclusión preliminar nos llevaría a sostener que el derecho de acceso a la información pública no es pasible de restricción alguna en el marco de un régimen de excepción. Sin embargo, cabe recordar que uno de los supuestos de regímenes de excepción lo constituye el denominado “estado de emergencia”, el mismo que puede ser establecido en aquellos supuestos en los que exista una perturbación a la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

Recurriendo a una interpretación sistemática de la Constitución, debemos señalar que el orden público se erige como una excepción válida al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, en el entendido que la difusión de determinada información pudiera conllevar un riesgo inminente de alteración grave del orden público.

En esa misma dirección, la norma que desarrolla el derecho de acceso a la información pública, entiéndase la Ley N.º 27806 modificada por la Ley N.º 27927, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; señala entre las excepciones al ejercicio del referido derecho fundamental, lo siguiente:

⁵⁹⁶ STC 4407-2007-HD/TC, FF.JJ. 25-30.

Artículo 15.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información Secreta

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información expresamente clasificada como secreta, que se sustente en razones de seguridad nacional, en concordancia con el artículo 163 de la Constitución Política del Perú, que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia del CNI dentro del marco que establece el Estado de Derecho en función de las situaciones expresamente contempladas en esta Ley. En consecuencia la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

1. Información clasificada en el ámbito militar, tanto en el frente interno como externo:

(...)

b. Las operaciones y planes de inteligencia y contrainteligencia militar.

(...)

d. Órdenes de operaciones, logísticas y conexas, relacionadas con planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados o de fuerzas irregulares militarizadas internas y/o externas, así como de operaciones en apoyo a la Policía Nacional del Perú, planes de movilización y operaciones especiales relativas a ellas.

(...)

g. Información del Personal Militar que desarrolla actividades de Seguridad Nacional y que pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas.

2. Información clasificada en el ámbito de inteligencia tanto en el frente externo como interno:

a. Los planes estratégicos y de inteligencia, así como la información que ponga en riesgo sus fuentes.

b. Los informes que de hacerse públicos, perjudicarían la información de inteligencia.

(...)

d. Información relacionada con el alistamiento del personal y material.

e. Las actividades y planes estratégicos de inteligencia y contrainteligencia, de los organismos conformantes del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), así como la información que ponga en riesgo sus fuentes.

f. Información del personal civil o militar que desarrolla actividades de Seguridad Nacional y que pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas.

g. La información de inteligencia que contemple alguno de los supuestos contenidos en el artículo 15 numeral 1.

(...)

Artículo 15-A.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información reservada

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada. En consecuencia la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

1. La información que por razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno cuya revelación originaría un riesgo a la integridad territorial y/o [a] la subsistencia del sistema democrático. En consecuencia se considera reservada la información que tiene por finalidad prevenir y reprimir la criminalidad en el país y cuya revelación puede entorpecerla y comprende únicamente:

a. Los planes de operaciones policiales y de inteligencia, así como aquellos destinados a combatir el terrorismo, tráfico ilícito de drogas y organizaciones criminales, así como los oficios, partes y comunicaciones que se refieran expresamente a ellos.

(...)

c. Los planes de seguridad y defensa de instalaciones policiales, establecimientos penitenciarios, locales públicos y los de protección de dignatarios, así como los oficios, partes y comunicaciones que se refieran expresamente a ellos.

d. El movimiento del personal que pudiera poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas o afectar la seguridad ciudadana [...]⁵⁹⁷.

4. Proceso de cumplimiento.

a) *Noción.*

Si bien en doctrina se consideró desde su inclusión en el texto constitucional de 1993 al proceso de cumplimiento no como un proceso constitucional *strictu sensu*, dado que no protegía ningún derecho constitucional líquido, sino como un “proceso constitucionalizado”, posición que también compartió en su momento el Tribunal Constitucional, hoy el Colegiado ha inflexionado dicha postura y ha afirmado que el proceso de cumplimiento sí protege un derecho fundamental concreto, que ha denominado “derecho a la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos”. Veamos esta reciente postura del Colegiado Constitucional.

“El control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces.

⁵⁹⁷ STC 1805-2007-HD/TC, FF.JJ. 7-11.

Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los artículos 3.º, 43.º y 45.º de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.º del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.

En efecto, el inciso 6.º del artículo 200.º de la Constitución establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Como hemos expuesto precedentemente, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículos 3.º y 43.º), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38.º) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51.º) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia⁵⁹⁸.

En dicha línea, el TC peruano ha sintetizado la finalidad del proceso de cumplimiento, declarando que, de acuerdo a la normativa procesal vigente, su objeto es:

“El proceso de cumplimiento previsto en el inciso 6), artículo 200º, de la Constitución de 1993, y en el artículo 66º, del Código Procesal Constitucional, tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad público renuente: 1) dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. Así, lo que se busca obtener con este proceso es asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y los actos administrativos”⁵⁹⁹.

b) Finalidad y objeto del proceso de cumplimiento.

“Conforme al artículo 200.º, inciso 6) de la Constitución Política, el proceso de cumplimiento tiene por finalidad que se ordene a cualquier autoridad o funcionario renuente al acatamiento de una norma legal o de un acto administrativo. Dicha fi-

⁵⁹⁸ STC 0168-2005-PC, FJ 5-11.

⁵⁹⁹ STC 03410-2006-PC, FJ 2.

nalidad del proceso de cumplimiento también ha sido reconocida por el artículo 1.º del Código Procesal Constitucional.

El artículo referido señala que el proceso de cumplimiento -como todo proceso constitucional- tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Por su parte, el artículo 66.º del Código Procesal Constitucional establece que el proceso de cumplimiento tiene por objeto ordenar a un funcionario o autoridad pública renuente que dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme (inciso 1); o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento (inciso 2).

De esta manera el Código Procesal Constitucional ha ampliado el objeto y la finalidad tuitiva del proceso de cumplimiento reconocidos por la Constitución Política, ya que a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional mediante un proceso de cumplimiento se puede controlar tanto la inactividad material como la inactividad formal de la administración.

Por tanto cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o cuando no se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o no dicta un reglamento cuando las normas legales se lo ordenan o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.º del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento”⁶⁰⁰.

c) El derecho a la efectividad de las disposiciones legales y actos administrativos y el principio general de efectividad de las disposiciones constitucionales.

Ahondando en el objeto y finalidad del proceso de cumplimiento, el Tribunal ha mantenido la posición de que el derecho a la efectividad de las disposiciones legales y actos administrativos encuentra su cauce procesal a través de este proceso, aún cuando lo ha reconducido a casos de indubitable claridad y certeza del *mandamus*. Sin embargo, en una variante, derivada de la especial problemática de los pueblos indígenas, ha dispuesto también que el principio de regularidad del ordenamiento jurídico exige la efectividad, con mayor razón, de las disposiciones constitucionales, exigencia para la cual puede utilizarse también el proceso de cumplimiento. Veamos esta postura del TC:

“No obstante ello, es preciso advertir que la asociación recurrente entiende que la obligación de la entidad demandada consistente en emitir “reglamentos” o “directivas” en el presente caso, no se deriva de alguna ley o norma de rango legal que lo disponga así expresamente; sino que, en realidad, estima que la fuente directa de tal deber es el propio Convenio N° 169, por ser éste un tratado internacional que ha sido debidamente ratificado por el Estado peruano.

⁶⁰⁰ STC 0709-2007-PC, FJ 1 al 4.

Esta definición de la fuente normativa donde se encuentra inserto el deber de emisión o adecuación de los reglamentos del Ministerio de Energía y Minas trae aparejado, sin embargo, un problema de orden procesal. Y es que, de acuerdo a la configuración constitucional y legal del proceso de cumplimiento, éste se haya arbitrado para ordenar el cumplimiento de normas legales o actos administrativos, mas no de normas de rango constitucional, como es el caso del Convenio N° 169 de la OIT. Al respecto, debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa) (STC 0022-2009-PI/TC, Caso Tuanama, FJ. 10).

No obstante ello, este Colegiado considera que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un argumento de fuerza para requerir judicialmente su efectivización. Y es que si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional. Dicho en otras palabras, si según el artículo 66, inciso 2 del C.P.Const., el funcionario o autoridad renuente está obligado a emitir un reglamento cuando así lo ordena una norma legal expresa, más legítimo resulta afirmar que éste se encuentra obligado a emitir dicha norma si ella viene exigida por un tratado internacional de rango constitucional directamente aplicable que impone similares obligaciones a la entidad demandada en orden a sus competencias normativas.

Tanto es así que en distintos sistemas constitucionales comparados, esta exigencia jurídico-constitucional de controlar las omisiones normativas en que puedan incurrir las autoridades competentes y que originan como resultado la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, fenómeno que en doctrina constitucional se conoce como la “inconstitucionalidad por omisión”, ha sido recogido en diversos textos constitucionales, donde se ha habilitado un proceso específico para este fin, como es el de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”. Así, ha sucedido por ejemplo en el caso de la Constitución de Portugal que lo ha regulado en el artículo 283; la Constitución brasileña que lo prescribe en el artículo 103.2; la Constitución de Venezuela que lo contempla en el artículo 336.7; la Constitución de Ecuador que lo recoge en el artículo 436.10; la Ley 7315/1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, que lo regula en el artículo 73.f; la Ley XXXII, Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, que lo prevé en el artículo 1.e); y, a nivel estadual, la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina que lo desarrolla en el artículo 207.2.d; la Constitución del Estado de Chiapas en México, donde esta figura se ubica en el ar-

título 56, fracción III; la Constitución del Estado de Veracruz, también en México, que lo estipula en el artículo 65.III; la Constitución del Estado de Tlaxcala, en este mismo país, que lo recoge en el artículo 81.VI; y la Constitución del Estado de Quintana Roo que lo regula en el artículo 105.III.

El reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de este instituto procesal como forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente, encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo. Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo constitucionalmente prohibido), sino que aquellas obligaciones que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo constitucionalmente ordenado). Sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental.

Como este Colegiado ya ha reconocido, para el caso de la exigencia del cumplimiento de las normas legales y los actos administrativos “el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 8).

Es en contexto de exigencia de regularidad del sistema jurídico, que no supone otra cosa que la manifestación de la fórmula del Estado de Derecho, esto es de un poder político sujeto a normas jurídicas, (lo cual incluye como es obvio la efectividad o capacidad de cumplimiento de dichas normas), donde se funda el derecho a la efectividad de las normas legales y actos administrativos, que este Colegiado ha recogido ampliamente a través de su jurisprudencia y que ha derivado del mandato contenido en el artículo 45 de la Constitución, según el cual “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”. En efecto, este Tribunal ha sostenido que: “Es sobre la base de esta última dimensión [de efectividad del ordenamiento jurídico] que, conforme a los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 9).

Sin embargo, en el entendido de que no puede protegerse adecuadamente un derecho fundamental o un principio constitucional sin la garantía del mecanismo procesal adecuado para su exigibilidad, el constituyente arbitró la incorporación

en la Constitución de 1993 del proceso de cumplimiento con el objeto de dar fiel cumplimiento a los mandatos contenidos en las leyes o actos administrativos. Así, lo ha enfatizado este Colegiado: “Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65 del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ 9).

Precisamente, con base en el principio de regularidad del ordenamiento jurídico, el cual supone, como ya se dijo, la efectividad de las normas que conforman dicho sistema normativo, este Tribunal debe también reconocer la existencia de un principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales. Y es que si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula en relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio de efectividad de las disposiciones constitucionales se desprende, además, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligacional a veces es difícil determinar *prima facie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional.

Por otro lado, como se ha sostenido en la doctrina sobre la obligación de desarrollo normativo de la Constitución (que es una dimensión del principio más general de efectividad de las disposiciones constitucionales), en el contexto de un Estado Social de Derecho, que supera las clásicas restricciones del Estado liberal abstencionista, la necesidad de garantizar los objetivos de promoción del bienestar general contenidos en los textos constitucionales en forma de derechos sociales, requiere también la garantía de operativización de estas nuevas cláusulas constitucionales, lo cual supone, en primer lugar, la emisión de las normas necesarias que fijen el marco jurídico a partir del cual se diseñará la infraestructura institucional y material capaz de satisfacer estos derechos. Así lo ha señalado explícitamente el profesor español José Julio Fernández Rodríguez, quien ha sostenido que:

“[El] dogma en la literatura y en la jurisprudencia de que el ciudadano no tiene derecho a exigir la emanación de normas jurídicas [...] es objeto de erosión por los esquemas regulativos del Estado Social y por las varias dimensiones de la vinculación de los poderes públicos por los derechos fundamentales [como son] la actualidad, la positividad y la normatividad” [FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, p. 220].

Ahora bien, la fundamentación de una obligación constitucional de desarrollo normativo de los mandatos positivos contenidos en el Texto Constitucional, tanto en consideraciones de la fuerza normativa de la Norma Fundamental, como en la eficacia inherente que toda disposición jurídica debe ostentar, y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado de Derecho a la exigencia de las nuevas

formas del Estado Social y de nuevos derechos fundamentales como los derechos culturales, se profundiza en contextos como los nuestros donde la renuencia de las autoridades y funcionarios a sujetarse a los mandatos de la Constitución puede originar verdaderas figuras de “fraude a la Constitución” o “Constituciones nominales”, que a lo único que conducen es al descrédito del modelo del Estado Constitucional de Derecho, las instituciones democráticas y el gobierno de las leyes, con el riesgo que ello conlleva de proliferación de la violencia social o de propuestas políticas que descreen de la democracia y que sólo pueden terminar en la anulación de todo el sistema de libertades de las personas.

La obligación impuesta al legislador o a otra autoridad estatal de desarrollar la Constitución no debe, sin embargo, ser entendida como una obligación rígida o invasiva de las competencias constitucionales asignadas a los órganos de producción normativa. Por el contrario, este Tribunal entiende que el rol del legislador u otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución no es una mera labor de órgano ejecutor de los mandatos dispuestos por la Norma Fundamental; le cabe pues al órgano normativo un margen amplio de configuración de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta discrecionalidad en el momento en el cual realizar la labor de desarrollo normativo; sin embargo, este Tribunal también asume que dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por éste o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad.

La revalorización de los derechos fundamentales como “conquistas frente a la mayoría” o como “límites al poder político” exige pues asumir una postura según la cual el legislador o cualquier otra autoridad política tienen un límite en su libertad de configuración normativa de la Constitución, tanto en un sentido negativo (de respeto), como en un sentido positivo (de desarrollo normativo), lo cual supone necesariamente asignar a éste el deber constitucional de llevar a cabo dicho desarrollo, más aún cuando se presentan las circunstancias descritas en el párrafo anterior, como infravaloración de los derechos sociales o situaciones inconstitucionales⁶⁰¹.

d) Protección indirecta de los derechos fundamentales a través del proceso de cumplimiento.

El TC ha incorporado también, a través de dos casos emblemáticos (La Oroya y AIDSESP II), la protección cualificada, aunque indirecta, que puede brindar el proceso de cumplimiento respecto de derechos fundamentales sustantivos; sobre todo cuando tras el incumplimiento de la autoridad o funcionario renuente se encuentra un estado grave de desprotección de derechos, en especial de grupos especialmente protegidos por la Constitución. Veamos:

⁶⁰¹ STC 5427-2009-PC/TC, FF.JJ. 8-17.

“En el presente caso, teniendo en cuenta que la pretensión de los demandantes en cuanto a la exigencia del cumplimiento de los mandatos contenidos en las referidas disposiciones legales y reglamentarias, no solo se relaciona con el control de la inacción administrativa sino, precisamente, con que tal inacción vulnera los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado, es preciso analizar, previamente, tales derechos, toda vez que detrás de la cuestionada inacción administrativa se encuentra la denuncia sobre la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Como se apreciará más adelante, lo antes expuesto supone que si bien los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado no podrían ser protegidos «directamente» mediante el proceso de cumplimiento, sí pueden ser tutelados de modo «indirecto», siempre y cuando exista un mandato claro, concreto y vigente, dispuesto en una ley o un acto administrativo, que se encuentre indisolublemente ligado a la protección de tales derechos fundamentales”⁶⁰².

“Y ello es así, porque precisamente en el problema constitucional aquí planteado no sólo está imbuida la obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional que tiene rango constitucional, sino tras dicha obligación, se encuentra la garantía de los derechos fundamentales de un grupo que goza de especial protección constitucional como los pueblos indígenas y que se presenta además como de gran relevancia constitucional, dado el delicado conflicto social que en los últimos años ha estado nuestro país por la falta de capacidad institucional para armonizar los derechos y legítimos intereses de estas comunidades y el interés estatal también legítimo de promoción de la inversión privada. Dicho conflicto justamente vino marcado por la ausencia del mecanismo de la consulta, ordenado por el Convenio Nº 169 de la OIT, y que hoy pretende hacerse cumplir a través del presente proceso de cumplimiento. En este sentido, como este Tribunal ya lo ha reconocido, el proceso de cumplimiento en muchas ocasiones se proyecta no sólo como un procedimiento destinado a dar cumplimiento a aquello que se encuentra claramente ordenado en la ley o un acto administrativo, sino que puede ser un instituto idóneo para brindar indirectamente tutela eficaz a un derecho fundamental que se encuentra afectado por la omisión de las autoridades competentes (STC 2002-2006-PA/TC, Caso Pablo Miguel Fabián Martínez, FF.JJ. 16-33)”⁶⁰³.

e) Incumplimiento total e incumplimiento parcial.

Por último, el TC ha destacado que el incumplimiento de una norma legal o un acto administrativo no se configura sólo cuando la autoridad competente no ha efectuado ningún acto para dar eficacia al mandato, sino que también hay incumplimiento cuando aquel *mandamus* que está ordenado por la norma legal o el acto administrativo, no han sido cumplidos completamente y de modo adecuado; supuesto en el cual también procede el proceso de cumplimiento.

“[...] [E]l proceso de cumplimiento no puede tener como finalidad el examen sobre el cumplimiento “formal” del mandato contenido en una norma legal o acto

⁶⁰² STC 2002-2006-PA/TC, FF.JJ. 2-3 (Caso La Oroya).

⁶⁰³ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 23 (Caso AIDSESEP II).

administrativo, sino, más bien, el examen sobre el cumplimiento eficaz de tal mandato, por lo que si en un caso concreto se verifica la existencia de actos de cumplimiento aparente, parcial, incompleto o imperfecto, el proceso de cumplimiento servirá para exigir a la autoridad administrativa precisamente el cumplimiento eficaz de lo dispuesto en el mandato”⁶⁰⁴.

Dicha exigencia de cumplimiento total de aquello que está ordenado por una disposición legal o un acto administrativo, ha sido puesta de manifiesto también en el caso del deber de reglamentar, el cual ha sido recogido en el C.P.Const. también como una causal de procedencia de la demanda de cumplimiento. Así, incluso en el caso del deber de desarrollar normativamente un tratado internacional, el TC peruano estableció la necesidad de llevar a cabo un desarrollo reglamentario completo, según las exigencias derivadas del mandato constitucional en dicho caso. Veamos:

“es igualmente cierto que el deber de reglamentación no se satisface con la mera emisión de la normativa infralegal propiamente dicha, sino que también se requiere que dicha normativa se adecue al contenido sustancial del derecho a la consulta, tal y como se encuentra regulado en el Convenio N° 169. De esta manera, la entidad demandada no habría incurrido en un supuesto de incumplimiento total, pero sí en un supuesto incumplimiento parcial o de reglamentación insuficiente o defectuosa, lo cual debe ser igualmente corregido. Y es que como la doctrina constitucional ha reconocido, la comisión de la omisión normativa inconstitucional no sólo puede ser de carácter total, cuando no se ha llevado a cabo ningún desarrollo normativo que cumpla el mandato constitucional, sino que también puede presentarse una omisión normativa inconstitucional parcial, cuando aún existiendo una normativa, ésta no ha llegado a completar aquello que está ordenado por la Constitución, supuesto en el cual es irrelevante si dicho incumplimiento parcial se ha producido por una errónea interpretación de la norma constitucional, una deficiente valoración de las circunstancias de hecho, la exclusión arbitraria de un grupo que debió estar incluido en la regulación o la expresa decisión de la autoridad de no completar el mandato impuesto por la Carta Fundamental”⁶⁰⁵.

f) *Procedencia.*

Uno de los primeros fallos relevantes sobre esta materia, donde el TC desarrolla la naturaleza y las características que debe tener el mandato contenido en la ley o acto administrativo, para la procedencia del proceso de cumplimiento es el caso *Asociación Nacional de Ex-servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social*, donde el TC estableció lo siguiente:

“Evidentemente, para que mediante un proceso de la naturaleza que ahora toca resolver –que, como se sabe, carece de estación probatoria–, se pueda expedir una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo tenga determinadas características. Entre otras, debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asi-

⁶⁰⁴ STC 02002-2006-PC, FJ 37.

⁶⁰⁵ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 53.

mismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, en lo que al caso se refiere, que se encuentre vigente”⁶⁰⁶.

Dada la presencia en nuestro país de procesos específicos para exigir el cumplimiento de las leyes y de los actos administrativos, como el contencioso administrativo, el Tribunal Constitucional ha querido delinear el ámbito específico de procedencia de este proceso constitucional, imponiendo una serie de requisitos mínimos al *mandamus* contenido en los actos cuyo cumplimiento se pretende. Así, dada la naturaleza urgente y sin estación probatoria de los procesos constitucionales en general, el Tribunal ha establecido que sólo en los casos en que el *mandamus* reúna estos requisitos mínimos, el proceso de cumplimiento será la vía adecuada. Veamos.

— *Requisitos comunes de la norma legal y del acto administrativo para que sean exigibles a través del proceso de cumplimiento.*

“El Tribunal Constitucional considera que para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública, deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el artículo 70.º del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea.

Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, di-

⁶⁰⁶ STC 0191-2003-AC/TC, FJ. 6.

señado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.

Por tanto, para el Tribunal Constitucional las características básicas del proceso de cumplimiento diseñado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, son las reseñadas precedentemente⁶⁰⁷.

— **Requisito especial.**

“[C]onforme al artículo 69 del Código Procesal Constitucional, el proceso constitucional de cumplimiento requiere como único requisito previo a la interposición de la demanda que el recurrente haya reclamado mediante documento de fecha cierta el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro del plazo previsto⁶⁰⁸.”

g) La interpretación de la causal referida al deber de reglamentar.

En lo que respecta a la causal específica de procedencia del proceso de cumplimiento, según la cual es objeto de este proceso que la autoridad o funcionario renuente se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o dictar un reglamento, el TC ha interpretado, en un sentido garantista, que dicha causal supone no sólo el pronunciamiento, sino, en estricto, el deber de emitir aquella reglamentación que es ordenada por la norma legal. Veamos esta posición del TC:

“[D]e acuerdo con la previsión contenida en el Artículo 66 del Código Procesal Constitucional, y particularmente en el inciso 2), ‘Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: [...] Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento’.

El dispositivo antes mencionado admite dos interpretaciones: a) La que lo obligaría a que el pronunciamiento expreso sólo se limite a una justificación o explicación en torno de las razones por las que no ha sido emitida la resolución o reglamento respectivo; y b) La que lo obligaría a que el pronunciamiento expreso equi-

⁶⁰⁷ STC 0168-2005-PC, FJ 12-18. Vid. Como complement a este fallo, otro relevante en la STC 2695-2006-PC/TC.

⁶⁰⁸ RTC 06017-2006-PC, FJ 6.

valga a la emisión necesaria y definitiva de la resolución administrativa o reglamento indebidamente omitidos.

Considera este Colegiado que, aunque una lectura estrictamente literal del Código Procesal Constitucional permitiría convalidar las dos interpretaciones antes mencionadas, la única forma de hacer efectivo el objeto o finalidad del proceso de cumplimiento se compatibiliza con la segunda de las alternativas mencionadas. Si lo que la ley ordena no es cumplido y si, frente al incumplimiento de un mandato, procede el proceso de cumplimiento, la única conclusión lógica, a la par que razonable, apunta a fortalecer los objetivos del proceso antes que a desvirtuarlos, lo que a contrario sensu no sucedería si, acudiendo a la primera interpretación (que este Colegiado descarta), el pronunciamiento expreso sólo significara la convalidación o justificación de una inercia o ineficacia no permitida⁶⁰⁹.

h) La adecuación del proceso de cumplimiento para controlar la inconstitucionalidad por omisión.

Finalmente, en reciente jurisprudencia, el TC ha dispuesto que, aún cuando no es la vía creada por el constituyente para el control de las omisiones legislativas inconstitucionales, el proceso de cumplimiento puede ser adecuado o redimensionado, de cara a efectivizar determinados mandatos constitucionales o que se encuentren contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos, y que han sido desatendidos por el legislador o la autoridad reglamentaria correspondiente, durante un lapso bastante amplio, produciendo a su vez un resultado inconstitucional. Veamos esta postura del TC:

“Determinada entonces la obligación de cumplir los mandatos constitucionales, específicamente de desarrollar normativamente las disposiciones constitucionales que así lo demandan, y establecida también la posibilidad de control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales por parte del juez constitucional, queda preguntarse si el proceso de cumplimiento es el mecanismo procesal adecuado para examinar la comisión de una omisión normativa inconstitucional. En este punto, este Tribunal debe reconocer que no le corresponde dentro de las competencias que la Constitución le ha encomendado regular con carácter general la habilitación de procesos o procedimientos para hacer frente a determinadas situaciones jurídicas de la realidad. Ello obviamente es tarea del constituyente o, en su caso, del legislador democrático. Deberá ser éste, en todo caso, quien enmiende, a través de una reforma constitucional por ejemplo, la incoherencia normativa que aquí se ha señalado. Sin embargo, también es cierto que es deber de todo juez impartir justicia en el caso concreto, aún en ausencia de ley o con la deficiencia de ésta, tal y como lo ordena la propia Constitución en su artículo 139, inciso 8.

En dicho contexto, este Colegiado considera que detenerse en la no configuración del proceso de cumplimiento para controlar las omisiones normativas inconstitucionales, cuando no existe a su vez ningún otro mecanismo procesal que dé respuesta a la problemática jurídica planteada, sería tanto como denegar justicia constitucional lo cual, como ya se dijo, también está prohibido por la Constitución.

⁶⁰⁹ STC 02695-2006-PC, FJ 14 a 16.

Ante la aparente solución distinta que muestran dos disposiciones constitucionales (la primera que no ha previsto el control de las omisiones normativas inconstitucionales a través del proceso de cumplimiento y la segunda que obliga al juez a no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley) este Tribunal estima que es su deber inexcusable preferir aquella que más favorece la defensa de la Constitución, la persona y su dignidad y, por ello, aquella que mejor resguarda sus derechos fundamentales. Ello se desprende no sólo del principio de unidad de la Constitución al cual ha recurrido este Colegiado en constante jurisprudencia (STC 5854-2005-PA/TC, Caso Lizana Puelles, FJ. 37-39), sino del argumento mucho más fuerte, que se deriva del artículo 1 de la Constitución, según el cual el Estado y con él el sistema de administración de justicia, están al servicio de la persona humana y deben buscar como fin último la protección de su dignidad y no, en sentido contrario, convertirse en un obstáculo para la tutela de los derechos fundamentales.

Y ello es así, porque precisamente en el problema constitucional aquí planteado no sólo está imbuida la obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional que tiene rango constitucional, sino tras dicha obligación, se encuentra la garantía de los derechos fundamentales de un grupo que goza de especial protección constitucional como los pueblos indígenas y que se presenta además como de gran relevancia constitucional, dado el delicado conflicto social que en los últimos años ha estado nuestro país por la falta de capacidad institucional para armonizar los derechos y legítimos intereses de estas comunidades y el interés estatal también legítimo de promoción de la inversión privada. Dicho conflicto justamente vino marcado por la ausencia del mecanismo de la consulta, ordenado por el Convenio N° 169 de la OIT, y que hoy pretende hacerse cumplir a través del presente proceso de cumplimiento⁶¹⁰.

— *Supuestos que configuran la inconstitucionalidad por omisión.*

Con el objeto de poder apreciar en qué casos nos encontramos ante la figura de la inconstitucionalidad por omisión, el TC ha delineado los requisitos o elementos que deben presentarse para afirmar que el legislador o la autoridad reglamentaria correspondiente han incurrido en un incumplimiento de su deber de legislar o reglamentar un mandato constitucional. Así, ha descrito estos elementos del siguiente modo:

“a) La existencia de un mandato constitucional de regulación normativa.

Este primer requisito de configuración de la inconstitucionalidad por omisión normativa hace referencia a la obligación constitucional de regulación, esto es, a la exigencia que se deriva directamente de la Constitución de emanación de una regulación específica que atienda un mandato constitucional. Como ya se ha señalado en esta sentencia, dicha obligación se enmarca no en el campo abierto de lo constitucionalmente posible, es decir de aquella decisión que corresponde al legislador adoptar, y que puede tomar cuando exista una multiplicidad de medios para hacer efectiva una disposición constitucional, o cuando las disposiciones no requieran

⁶¹⁰ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 23.

desarrollo legislativo para ser directamente aplicables (derechos civiles y políticos de eficacia directa); sino que se encuentra dentro del marco más específico de lo constitucionalmente necesario, es decir, dentro de aquella obligación impuesta por la Constitución de desarrollar normativamente un precepto constitucional con el objeto de lograr su plena eficacia. En esta categoría pueden ubicarse aquellos mandatos constitucionales que establecen “encargos directos de legislar”, o mandatos que suponen indefectiblemente la necesidad de legislación para poder ser efectivos, como sucede por ejemplo en el supuesto de las normas que contienen derechos sociales prestacionales y que comúnmente se conocen como cláusulas programáticas. Sin embargo, como ha quedado claro en la doctrina, la sola referencia a la necesidad de legislar para hacer efectivo un mandato constitucional no es suficiente para producirse la inconstitucionalidad por omisión, sino que es imprescindible que dicha necesidad esté referida a un ámbito específico claramente identificable. Así por ejemplo, las normas que adscriben fines de política en general, como puede ser “el logro del bienestar social” no identifican cuáles son los ámbitos específicos en los que se debe legislar, por lo que en este caso no se configura el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión”⁶¹¹.

“b) Transcurso de un periodo de tiempo razonable.

Este elemento de la inconstitucionalidad por omisión normativa supone el lapso de tiempo transcurrido en exceso entre el momento en que se asume la obligación de desarrollar normativamente la disposición constitucional (que es el momento mismo en que se dicta la norma constitucional) y el momento en que debe cumplirse la obligación de llevar a cabo dicho desarrollo normativo. Ahora, en el caso en que la propia Constitución establezca un plazo para emitir la norma de desarrollo constitucional correspondiente se entenderá que la omisión se produce culminado dicho plazo sin haberse llevado a cabo la emisión de la norma correspondiente. Este criterio, sin embargo, puede relativizarse en algunos casos, atendiendo a las circunstancias concretas.

Por el contrario, cuando la Constitución no haya establecido el período de tiempo en el cual deba emitirse la norma de desarrollo constitucional, queda a la apreciación del juez constitucional establecer el exceso del tiempo transcurrido, para lo cual deberá tener en cuenta como este Colegiado ya lo ha precisado, la apreciación de la doctrina del plazo razonable (STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 45). Para la apreciación de dicho plazo razonable puede aplicarse además, en lo que fuera pertinente, la doctrina establecida en la STC 1680-2009-PHC/TC, caso Antauro Humala Tasso, FF.JJ. 5-9, y la STC 7624-2005-PHC/TC, Caso Hernán Buitrón Rodríguez, FF.JJ. 6-19. En todo caso, la determinación de la razonabilidad del tiempo transcurrido debe atender a los resultados inconstitucionales que dicha omisión pueda ir ocasionando en el tiempo y que haga cada vez más indispensable la emanación de la norma de desarrollo constitucional”⁶¹².

⁶¹¹ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 33.

⁶¹² STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 42.

“c) Efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional.

Por último, para que el juez constitucional declare la inconstitucionalidad de la omisión normativa es necesario que esta omisión se concrete en verdaderos actos inconstitucionales, que pueden estar representados por violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales o por la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo, como puede ser en el caso de la falta de implementación de un derecho social prestacional por falta de desarrollo normativo”⁶¹³.

— *Clases de inconstitucionalidad por omisión.*

Avanzando en la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, el TC ha pasado a conceptualizar las siguientes formas que adquiere esta figura:

➤ *Omisiones absolutas y omisiones relativas.*

“Establecida la necesidad del control de las omisiones del legislador, conviene ahora detenernos en identificar las formas en que suele presentarse estos supuestos de control por parte del Tribunal Constitucional. En este punto, la doctrina suele distinguir las *omisiones absolutas* u omisiones del legislador de las *omisiones relativas* u omisiones de la ley. Las primeras están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia efectiva de la norma fundamenta. Las omisiones de la ley u omisiones relativas en cambio están referidas al silencio de la ley en extremo que no haya sido normado causando perjuicio en la tutela de los derechos. Se presentan en el control de constitucionalidad de un precepto normativo en el que, como ha señalado la jurisprudencia alemana, se constata, “la exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio”⁶¹⁴[8]. De ahí que el parámetro por excelencia del control de las omisiones relativas sea el principio constitucional de igualdad”⁶¹⁵.

➤ *Omisión inconstitucional directa e indirecta.*

“Ahora bien, en estricto la obligación del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el procedimiento de consulta, como las cuestiones de tierras y recursos naturales, no se encuadra dentro del supuesto de una *omisión normativa inconstitucional directa*, que es la que se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; sino que se encuentra dentro de la categoría de *omisión normativa inconstitucional indirecta*, que es aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional”⁶¹⁶.

⁶¹³ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 44.

⁶¹⁵ STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 42. Vid. igualmente STC 9617-2006-AA/TC, FF.JJ. 6-8.

⁶¹⁶ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 25.

➤ *Omisión inconstitucional explícita y omisión de configuración jurisprudencial.*

“En el Derecho comparado actualmente no ofrece mayores resistencias la necesidad del control de las omisiones ordenadas de manera explícita por la Constitución. Este es el caso por ejemplo de un precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental o crea un órgano constitucional delegando a la ley su configuración o regulación. Los supuestos de mandatos explícitos a legislar, constituyen normas constitucionales dirigidas al legislador y su control puede hacerse en sede jurisdiccional siempre que pueda desprenderse un mandato explícito y la inacción del legislador se haya constatado a lo largo de un periodo razonable.

Distintos son los supuestos en que la constatación de la omisión, sólo se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constitución en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa. Aquí se trata de concebir a la acción de los órganos judiciales, y en especial del Tribunal Constitucional, como instituciones que colaboran con el desarrollo y efectividad de las cláusulas constitucionales de modo que, en el desarrollo de sus contenidos pueden avizorar, con conocimiento de causa la necesidad de que los contenidos constitucionales no se desvanezcan o diluyan ante la pasividad de los poderes constituidos. Se trata de la vigilia de la Constitución en su dinámica cotidiana.

En este sentido, conviene precisar en este punto, que las omisiones constatadas a través de la actuación de los órganos judiciales, en especial, por la actividad del Tribunal Constitucional, se configuran como mandatos normativos que se proyectan con efecto erga omnes conforme al artículo 204º de la Constitución y los artículos 81º y 82º del Código Procesal Constitucional y que en consecuencia se derivan de la actuación de los órganos judiciales en su labor de defensa del orden jurídico constitucional, así como de su misión de tutela de los derechos fundamentales.

Configuración de un supuesto de omisión legislativa por delimitación jurisprudencial en el presente caso.

Tal como ya ha quedado establecido en el fundamento 34, este Colegiado ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la relación entre el derecho a la identidad cultural previsto en el artículo 2.19 de la Constitución y la necesidad de que el legislador actúe en el marco de sus competencias declarando la naturaleza de patrimonio cultural inmaterial del cultivo de hoja de coca. En dicha ocasión este Colegiado dispuso de manera precisa:

“Por ello, este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación. En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de generar una inconstitucionalidad por omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2º 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2º 2 de la Constitución).

Por tales motivos se exhorta al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.º 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional”.

Con base en este precedente jurisprudencial este Tribunal está en condiciones de establecer que dado el tiempo transcurrido desde entonces (mas de dos legislaturas ordinarias), se ha configurado un supuesto de omisión legislativa por delimitación jurisprudencial del derecho a la identidad cultural previamente desarrollado por este Colegiado y que incluye entre sus supuestos normativas, la necesidad de que el Estado actúe reconociendo legislativamente las diversas manifestaciones culturales y tradicionales, entre ellas, la relevancia cultural milenaria del cultivo y utilización tradicional de la hoja de coca en las diferentes comunidades y espacios geográficos de nuestro país.

En este sentido, el Tribunal considera que el legislador está obligado a actuar en la próxima legislatura emitiendo una ley que recoja las aspiraciones de los pueblos andinos y amazónicas que ven reflejada parte de su identidad constitucionalmente reconocida, en el cultivo, uso y tratamiento en general de la planta de la hoja de coca. Esto además en la necesidad de prevenir permanentes conflictos frente a la frustración que general la inactividad de los poderes públicos con relación al reconocimiento de este tipo de derechos tan profundamente arraigados en la cosmovisión de las diferentes nacionalidades y culturas que habitan en nuestro territorio nacional”⁶¹⁷.

V. PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS.

I. Proceso de inconstitucionalidad.

No cabe duda que la justicia constitucional bajo la inventiva de Kelsen, fue precisamente creada para ejercer la labor de *legislador negativo*; y ello se aprecia en la propia construcción escalonada de la estructura jerárquica del orden jurídico que Rudolf Smend diseñara y que Kelsen se encargó de darle el acabado arquitectónico. Bajo estos marcos y premisas es que hoy en los tribunales constitucionales y con distintos *nomen iuris* se perfila el proceso cuyo control abstracto para nulificar las leyes es en nuestro caso el llamado “proceso de inconstitucionalidad”, y que en torno a esta figura procesal descansa acaso una de las grandes columnas en la construcción de lo Estados contemporáneos: los *controles interórganos* del que hablara en su momento Karl Loewenstein y Manuel Aragón, entre otros. Veamos nuevamente como el TC ensaya conceptualizaciones y que si bien corresponde a la ciencia procesal constitucional diseñarlos, ello como reiteramos, no impide Tribunal hacer una labor de catequesis, al aprovechar en la estructura interna de las sentencias los *obiter dicta* para divulgar conceptos como los que a continuación siguen.

⁶¹⁷ STC 0006-2008-PI/TC, FF.JJ. 42-47.

La Constitución vigente prescribe en su art. 3°: "El gobierno de la República es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial dentro de un sistema de división, equilibrio e interdependencia..."

En el régimen paraguayo, como expresamente lo establece el art. 200 de la Constitución vigente, el control de constitucionalidad se puede provocar por dos vías: a) por vía directa, de acción o de demanda, y b) por vía indirecta, incidental o de excepción.

En el primer caso, el juicio se inicia ante la misma Corte Suprema de Justicia y tiene por objeto, en sí mismo, atacar por inconstitucionalidad un acto de autoridad. Es decir, el proceso en este caso se inicia con el fin de lograr la declaración de inconstitucionalidad de un acto determinado.

En el segundo caso, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea en forma incidental, dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la declaración de inconstitucionalidad, sino otro distinto. Esta forma de impugnación puede ser interpuesta en cualquier instancia, y en ese caso se elevarán los antecedentes a la citada Corte Suprema de Justicia.

Respecto de esta parte debemos hacer las siguientes aclaraciones. Primera: la expresión "en cualquier instancia" debe ser interpretada en el sentido de que la excepción de inconstitucionalidad puede ser interpuesta ante los jueces de primera instancia; ante las Cámaras de Apelación, aun cuando no haya sido deducida en la instancia inferior; e incluso, si se da el caso, ante la misma Corte Suprema de Justicia.

Segunda: En la Convención Nacional Constituyente se sugirió que en la 2ª parte del art. 200 se agregara la expresión "estado del juicio". De este modo la parte pertinente quedaría redactada de la siguiente forma: "y por excepción en cualquier instancia y estado del juicio"

. En nuestra opinión dicho agregado contribuía a precisar el momento en que la excepción de inconstitucionalidad podía ser deducida. Aunque de la afirmación —contenida en la última parte del artículo comentado— de que el incidente de inconstitucionalidad no suspende el juicio, el cual continúa hasta el estado de sentencia, es posible deducir que aquél puede ser promovido en cualquier estado del juicio.

Tercera: La última parte del art. 200 dice: "El incidente no suspenderá el juicio, que proseguirá hasta el estado de sentencia". Esto significa que la oposición de la excepción de inconstitucionalidad no interrumpe el juicio, sólo se elevan a la Corte los antecedentes (compulsas, en piezas separadas), mientras éste continúa su trámite normal hasta el llamamiento de autos para sentencia. Sólo en este momento queda paralizado hasta que haya un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia. Título: El control de constitucionalidad en el derecho paraguayo. Autor: Lezcano Claude, Luis. Publicado en: LLP 1982, 374. Cita Online: PY/DOC/195/2008

a) Definición

— Noción.

“Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado a este Colegiado el control de constitucionalidad de las leyes y de las normas con rango de ley. Se trata de un control abstracto de normas que se origina no en función de un conflicto de intereses concretos, para cuya solución sea menester dilucidar con carácter previo el acomodo a la Constitución de la norma

de decisión, sino simplemente en una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación a su compatibilidad con una ley singular. En consecuencia, se trata de un proceso objetivo, ya que los legitimados no adoptan la posición estricta del demandante que llega a la instancia a pedir la defensa de un derecho subjetivo, sino que por el contrario actúan como defensores de la supremacía jurídica de la Constitución. Es decir, estamos ante un procedimiento que tiene como propósito, prima facie, el respeto de la regularidad en la producción normativa al interior del ordenamiento jurídico, lo que sólo acontece si no se vulnera la supremacía de la Constitución, de la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.

No obstante, aún cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁶¹⁸.

“Es necesario precisar que, a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una norma con rango de ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. Se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro en la medida en que es la *lex legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control.

En principio, la inconstitucionalidad de una ley se genera por la incompatibilidad entre las fuentes legales sometidas a control y a la Constitución, y no porque una de ellas colisione con otra de su misma jerarquía o la viole. Esto es así, puesto que no se presenta un problema de validez constitucional cada vez que se produce la colisión de dos normas del mismo rango, sino un típico problema de antinomia que se resuelve conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (v.g. “ley especial deroga ley general”, “ley posterior deroga ley anterior”, etc.).

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que en una acción de inconstitucionalidad es intrascendente que una ley determinada colisione con otra ley u otra norma de su mismo rango, pues de allí no se deriva la invalidez constitucional de la ley colisionante⁶¹⁹.

— *Finalidad.*

“La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la defensa de la Constitución en su condición de Ley Superior. Ella ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional⁶²⁰.

⁶¹⁸ STC 0007-2007-PI, FJ 10 y 11.

⁶¹⁹ STC 0032-2004-AI/TC, FF.JJ. 2-4.

⁶²⁰ STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI. FJ 19.

b) Dimensiones.

En las últimas décadas, el control de la constitucionalidad de las leyes no sólo ha tenido en cuenta el carácter abstracto y por ende de una presunta y exclusiva dimensión objetiva; sino que hoy los tribunales constitucionales no sólo analizan el parámetro del control a través del clásico silogismo lógico: norma mayor, ley y luego el fallo, en tanto la norma infraconstitucional guarde lealtad a la fuente formal o material de la Constitución; sino que también hoy se tiene en cuenta la llamada dimensión subjetiva que vincula ya no a un análisis abstracto sino de la concreción real, del impacto, de las afectaciones *intuitu personae*, etc. Veamos lo que estima el colegio peruano a este respecto.

“[...] [E]l proceso de inconstitucionalidad, si bien es de naturaleza abstracta, tiene una doble dimensión: objetiva y subjetiva”. En reconocimiento de ello, se debe ejercer un control de constitucionalidad acorde con los valores y principios consagrados por la Constitución Política; es decir, que éste no se reduce a un nuevo examen de la ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional, que comprende la tutela objetiva de la Constitución y la tutela subjetiva de los derechos fundamentales. [...]”⁶²¹.

“[...] [S]on constantes las ocasiones en las que el juez constitucional, a efectos de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, debe ingresar en una aproximación clara e inequívoca con los supuestos concretos en los que éstas han sido o pueden ser aplicadas.

Tal constatación evidencia que a la dimensión objetiva de los procesos de inconstitucionalidad acompaña una subjetiva. Y es que no puede olvidarse que aunque el control concentrado de las normas tiene una finalidad inmediata, que es defender la supremacía normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan, tiene, como fin mediato, impedir su aplicación, es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos. Pudiendo, incluso, en determinados casos, declarar la nulidad de aplicaciones pasadas”⁶²².

c) Legitimación procesal.

Tal como se encuentra regulada en nuestro ordenamiento, la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad está reservada a ciertos órganos y sujetos taxativamente señalados en el artículo 203 de la Constitución. A la letra, dicha norma establece: “Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: 1. El Presidente de la República; 2. El Fiscal de la Nación; 3. El Defensor del Pueblo; 4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas; 5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; 6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia; 7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad”.

⁶²¹ RTC 00020-2005-PI. FJ 4. Resolución de fecha 8 de agosto del 2005.

⁶²² STC 00020-2005-PI, FJ 17 in fine y 18.

Como se puede ver, el artículo en comentario no sólo establece quiénes están legitimados para interponer una demanda de inconstitucionalidad, sino que también alude a los requisitos que ellos deben satisfacer previamente, cuando ello corresponda. A lo más, cabe añadir que, en relación a la legitimación del Presidente de la República, el artículo 99 del C.P.Const. señala que se “requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros”.

Pero, indudablemente, uno de los puntos más discutidos en relación a este tema es el concerniente a la legitimación de los colegios profesionales, y dentro de este grupo, el caso específico de los colegios de abogados. Sobre el particular, el Tribunal ha sostenido lo siguiente.

—*Colegios profesionales.*

“La razón que justifica que la Constitución haya otorgado estas facultades a los colegios profesionales [se refiere a la legitimación para interponer una demanda de inconstitucionalidad] radica en que, debido a la particularidad, singularidad y especialidad de los conocimientos científicos y técnicos que caracterizan a las diferentes profesiones (Medicina, Abogacía, Ingeniería, Arquitectura, Contabilidad, Química-farmacéutica, Periodismo, Psicología y Biología, entre otras), estas instituciones se sitúan en una posición idónea para poder apreciar, por una parte, si una determinada ley o disposición con rango de ley –que regula una materia que se encuentra directamente relacionada con los conocimientos de una determinada profesión– vulnera disposiciones de la Norma Fundamental; y, por otra, si resulta necesaria la expedición de una determinada ley que regule las materias que se encuentren relacionadas con los referidos conocimientos”⁶²³.

—*Materias de su especialidad: ejemplos.*

“Así, por ejemplo, el Colegio de Arquitectos no tendría legitimidad para interponer una demanda de inconstitucionalidad contra una ley que regule sólo temas de hidrocarburos, toda vez que los conocimientos especiales de la profesión de Arquitectura no se encuentran ‘directamente’ relacionados con la materia que regula esta ley cuestionada. De igual modo, un Colegio de Abogados no tendría legitimidad para interponer una demanda de inconstitucionalidad contra una ley que regule sólo temas de química-farmacéutica, toda vez que los conocimientos especiales de la profesión de abogacía no se encuentran “directamente” relacionados con la materia que regula esta ley cuestionada”⁶²⁴.

—*Reglas.*

“[L]os colegios profesionales deberán observar, además de las contenidas en el Código Procesal Constitucional, las siguientes reglas:

a) La materia que regulan las leyes o disposiciones con rango de ley que se pretenda cuestionar deberá encontrarse directa y claramente relacionada con la materia o especialidad en la que, dada la profesión que agrupa a los miembros del res-

⁶²³ RTC 0005-2005-AI/TC, FJ. 3.

⁶²⁴ RTC 0005-2005-AI/TC, FJ. 3.

pectivo colegio, se tenga singulares conocimientos que no poseen otras profesiones, y,

b) En el ejercicio de la facultad de interponer demandas de inconstitucionalidad no deberán imponerse los intereses particulares de cada uno de los miembros del respectivo colegio profesional, sino la voluntad institucional de éste por la defensa del interés general y de los derechos ciudadanos”⁶²⁵.

— *Concurrencia de colegios profesionales.*

“No es ajeno a este Colegiado el hecho de que una ley o norma con rango de ley pueda contener una variedad de disposiciones que versen sobre diversas materias, siendo plenamente factible su cuestionamiento por dos o más colegios profesionales en aquellos extremos relacionados con su especialidad”⁶²⁶.

— *No es necesario creación por ley.*

“El Congreso ha propuesto la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima. Sostiene que, al no haber sido creado por Ley, se trata simplemente de una asociación de abogados y no de un colegio profesional cuya creación precisa de una Ley.

Sobre este extremo, el Tribunal ya ha afirmado con respecto a otra demanda de inconstitucionalidad interpuesta también por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, en la sentencia dictada en el Exp. N.º 0045-2004-PI/TC, confirmando, a su vez, el criterio ya establecido en su resolución de fecha 31 de marzo de 2005 (Fundamento N.º 3) recaída en el mismo expediente, que la “exigencia de ‘precisar la ley de creación del Colegio de Abogados demandante’, ‘no se configura como un impedimento de admisibilidad nacido de la voluntad expresa del Código’ Procesal Constitucional.” (Fundamento N.º 1, tercer párrafo)”⁶²⁷.

- *Ámbito territorial de los colegios profesionales.*

“[D]ebe desestimarse también la alegación de la parte demandada en el extremo que considera que solamente los colegios profesionales de alcance nacional se encuentran legitimados para interponer demandas de inconstitucionalidad. Como quiera que no hay que distinguir donde la disposición no distingue, sobre todo para restringir el acceso a la justicia, dicha interpretación no se condice con lo establecido en el artículo 203º de la Constitución que señala: “[e]stán legitimados para interponer acción de inconstitucionalidad. (...) 7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad”⁶²⁸.

⁶²⁵ RTC 0005-2005-AI/TC, FJ. 4.

⁶²⁶ RTC 0005-2005-AI/TC, FJ. 3.

⁶²⁷ STC 00025-2005-PI y 00026-2005-PI (Acumulados), FF.JJ. 3 y 4.

⁶²⁸ STC 00016-2007-PI/TC, FJ. 9.

— *Colegios de abogados.*

“El caso de los Colegios de Abogados constituye un supuesto especial. En primer lugar, debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en Derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sino sólo aquellas que regulen una materia propia de esta profesión. Por ejemplo, en el caso de que un Colegio de Abogados cuestione una ley que regula un proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, es claro que la materia que regula esta ley coincide con la materia que constituye la especialidad de los abogados, por lo que, si además esta ley vulnera una disposición constitucional, entonces esta institución sí tendría legitimidad para interponer la respectiva acción de inconstitucionalidad”⁶²⁹.

— *Participación de terceros.*

No obstante que, como hemos visto, la legitimidad activa en el proceso de inconstitucionalidad ha quedado definida en nuestro ordenamiento como una del tipo *numerus clausus* –dato que, ciertamente, no es uniforme en la experiencia comparada–, el Tribunal Constitucional, en uso de su autonomía procesal, ha reconocido la posibilidad de que puedan intervenir también otros sujetos distintos a las partes procesales propiamente dichas, todo ello con el solo objetivo de que a través de su efectiva participación el juez constitucional cuente un mayor número de herramientas para un mejor resolver. De esta manera, figuras procesales tales como el *amicus curiae*, el *partícipe*, el tercero o el *litisconsorte facultativo*, han merecido un análisis recurrente en la jurisprudencia constitucional. A ella aludimos a continuación.

— *Amicus curiae y partícipe: el interés objetivo como fundamento.*

“Reflejo de esta concepción de la Constitución y de su Derecho Procesal Constitucional es el hecho de que el Tribunal Constitucional haya reconocido a partir de su autonomía procesal (vía reglamentaria o vía jurisprudencia) figuras procesales como el *amicus curiae* y el *partícipe*. El primero tiene relevancia por sus aportes técnicos o científicos sobre determinadas materias relacionadas con la controversia en un proceso constitucional; el segundo aporta más bien una tesis interpretativa propia de la Constitución y de la ley objeto de control. No es pues un ‘interés subjetivo’ el que los fundamenta, sino más bien un interés objetivo que es, en el primer caso, proveer de elementos técnicos o científicos para la mejor resolución de una controversia constitucional, y en el segundo proponer un punto de vista interpretativo que enriquezca la interpretación constitucional”⁶³⁰.

⁶²⁹ RTC 0005-2005-AI/TC, FJ. 3.

⁶³⁰ STC 0009-2008-PI/TC, FJ. 4.

— *Partícipe.*

Aunque es un concepto que no encaja en los predios de la Teoría General del Proceso, la actuación del ‘partícipe’ en el proceso de inconstitucionalidad está orientada a aportar una tesis interpretativa construida desde la particular situación en que se halla el sujeto que interviene con tal calidad. Veamos cuál ha sido la orientación del Tribunal sobre este tema.

— *Fundamento: interpretación pluralista de la Constitución.*

“La Constitución debe ser interpretada desde una concepción pluralista, la cual debe proyectar sus consecuencias en el derecho procesal constitucional. Una consecuencia de ello es la apertura del proceso constitucional a la pluralidad de ‘partícipes’ en la interpretación del texto supra.

La apertura del proceso constitucional a una pluralidad de intérpretes de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para examinar un proceso de inconstitucionalidad.

El enriquecimiento del procedimiento de interpretación constitucional que ha de efectuar el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, se realiza en especial cuando se incorporan al proceso de inconstitucionalidad sujetos que, debido a las funciones que la Constitución les ha conferido, detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional. No se trata, así, de terceros con interés, sino, por así decirlo, de sujetos ‘partícipes’ en el proceso de inconstitucionalidad. La justificación de su intervención en este proceso no es la defensa de derecho o interés alguno, cuando más bien, aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo”⁶³¹.

— *Atribuciones.*

“[E]l Partícipe debe ser notificado de la demanda y de la contestación, pudiendo presentar informe escrito así como intervenir en la vista de la causa para sustentar el informe oral si es que así lo estimara por conveniente. Siendo la razón y propósito de su intervención enriquecer el proceso interpretativo en la controversia, es su intervención en la vista de la causa el momento estelar y trascendental de su actuación. Por esta razón, su intervención no debe ocasionar el entorpecimiento del procedimiento y de las actuaciones procesales ordenadas por el Tribunal Constitucional en su condición de director del proceso. En ese sentido, el plazo para la presentación de su informe escrito se determinará en atención a las circunstancias de cada caso, así, en función del carácter apremiante o no debido a la urgencia de la resolución de la controversia, plazo que no excederá en todo caso al que la ley establece para la contestación de la demanda”⁶³².

⁶³¹ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 23.

⁶³² RTC 0033-2005-PI/TC, FJ. 3.

— *Colegios profesionales no pueden ser ‘partícipes’*.

“[D]e acuerdo con el artículo 203, inciso 7) de la Constitución y el artículo 99 del Código Procesal Constitucional, los colegios profesionales ostentan legitimidad procesal activa para presentar demandas de inconstitucionalidad, aunque se hace la restricción a materias de su competencia.

[E]ste Colegiado considera que no es admisible en un proceso constitucional que, a pesar de ser su carácter de aformalista o elástico, haya una distorsión de las figuras procesales que en él se admitan, toda vez que un estatus jurídico-procesal específico es el del partícipe y otro completamente distinto es el del legitimado activo, siendo imposible que una misma persona o institución asuma ambos estatus en un mismo proceso”⁶³³.

— *Tercero afectado*.

Si bien se reconoce que en el proceso de inconstitucionalidad, en tanto proceso de control normativo de carácter abstracto, resalta o predomina su dimensión objetiva, ello no implica la negación de su dimensión subjetiva, la misma que cobra plena vigencia cuando la decisión final podría afectar el interés de terceros. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“[La figura del ‘partícipe’] no excluye que la figura del tercero contemplada en el Código Procesal Civil pueda aplicarse analógicamente y, de tal forma, incorporarse en la condición de terceros a personas cuyos derechos subjetivos pudieran resultar de relevancia en la controversia constitucional. Para tal efecto, es de relevancia considerar la dimensión subjetiva del proceso de inconstitucionalidad. Según ello, en este proceso no es sólo la primacía de la Constitución lo que ha de garantizarse sino también los derechos constitucionales de los concretos colectivos de personas que tienen relación estrecha en la resolución de la controversia –la constitucionalidad o no de una determinada disposición impugnada–”⁶³⁴.

— *Amicus curiae*.

A diferencia de lo que sucede con el tercero y el ‘partícipe’, en el caso del *amicus curiae* sí contamos con una regulación expresa en el artículo 13^º-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, que textualmente indica: “El Pleno o las Salas pueden [...] solicitar información del (los) *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados”. A su vez, el artículo 34^º in fine del mismo texto normativo habilita al *amicus* para participar en la audiencia de la vista del proceso en el cual interviene.

Hay que decir que la figura procesal del *amicus curiae* ha tenido gran acogida y éxito en otras latitudes, en las cuales ha cumplido un rol trascendental en la defensa de los derechos fundamentales y en la superación de las barreras al acceso a la justicia. De ahí que cobre especial relevancia lo que la jurisprudencia constitucional ha dicho, en sede nacional, sobre la naturaleza

⁶³³ RTC 0006-2009-PI/TC, FF.JJ. 3, 4 y 5.

⁶³⁴ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 23.

y posibilidades de acción de esta figura en el proceso de inconstitucionalidad (si bien, ciertamente, éste no es el único proceso constitucional en que el *amicus curiae* puede participar). Veamos a continuación cuál ha sido esa postura asumida por el Tribunal Constitucional.

— *Fundamento.*

“El *amicus curiae* se justifica cuando se trata de la protección de ciertos derechos que por su propia naturaleza pueden ser objeto de distintos enfoques científicos, como son la salud mental, la integridad psíquica y física. De lo contrario, se corre el riesgo que en ciertos procesos de amparo se concluya con una decisión injusta, contraria al principio-derecho de dignidad de la persona humana”⁶³⁵.

— *Definición.*

“El *amicus curiae* (amigo de la Corte) se materializa con la participación de terceros ajenos al proceso a fin de ilustrar a los jueces sobre aspectos técnicos de alta especialización, que habrán de incidir de manera relevante a la hora de la decisión final”⁶³⁶.

“[...] los *amicus curiae* intervienen en los procesos de tutela de derechos humanos: a) cuando son invitados por el Presidente de la Corte; b) en calidad de terceros y no de partes del proceso; y c) para presentar observaciones por escrito o a participar en la vista”⁶³⁷.

— *Forma de otorgamiento.*

“[...] el apersonamiento al proceso de personas o entidades en calidad de *amicus curiae*, se encuentra sujeto a la previa solicitud realizada por este Colegiado, lo que no ha sucedido en el presente caso. No obstante, considerando las tareas que el Constituyente ha reservado a la Defensoría del Pueblo (artículo 162 de la Constitución), este Colegiado entiende prudente atender las consideraciones planteadas por el referido órgano constitucional”⁶³⁸.

— *Medios impugnatorios.*

“[...] los *amicus curiae* no tienen derecho a la acción y ni siquiera actúan como parte procesal sino sólo como portadores de una opinión cualificada, política o técnica, que el Tribunal desea conocer. Por tanto [...] los medios impugnatorios sólo pueden ser interpuestos por las partes del proceso y no por los *amicus curiae*, ya que éstos no tienen la calidad de partes ni mediatizan, desplazan o reemplazan a éstas”⁶³⁹.

⁶³⁵ STC 3081-2007-PA/TC, FJ. 7.

⁶³⁶ STC 3081-2007-PA/TC, FJ. 6.

⁶³⁷ RTC 03173-2008-PHC/TC, FJ. 13.

⁶³⁸ STC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), FJ. 11.

⁶³⁹ RTC 03173-2008-PHC/TC, FJ. 13.

— *Amicus curiae en supuestos de irreparabilidad.*

“La participación del amicus curiae puede ser incluso necesaria cuando el derecho se ha convertido en irreparable luego de presentada la demanda, ya que su presencia puede ayudar a esclarecer el grado de responsabilidad del autor del acto lesivo. En ese supuesto, el juez constitucional declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si fuere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. Tampoco nada impide que frente a la irreparabilidad el Tribunal Constitucional pueda solicitar los informes y documentos que considere necesarios, de conformidad con el artículo 119 del mismo cuerpo de leyes”⁶⁴⁰.

— *Amicus curiae vs. tutela de urgencia.*

“[La presencia de los amicus curiae] no deben considerarse a priori como medios probatorios inadecuados que habrán de dilatar el desarrollo del proceso, sino más bien como instrumentos procesales al servicio de una protección eficaz de los derechos constitucionales”⁶⁴¹.

— *Litisconsortes facultativos.*

Para finalizar, cabe aludir a la figura del ‘litisconsorte facultativo’, cuya existencia tampoco se halla expresamente prevista en el articulado del C.P.Const., pero que el Tribunal Constitucional deriva de la necesidad de hacer frente a casos en los cuales el sujeto que solicita intervenir en el proceso de inconstitucionalidad contaba inicialmente con la legitimación para interponer la demanda de motu proprio. El pronunciamiento del Tribunal sobre este asunto es como sigue:

“[...] este Tribunal declara con efectos generales que, si bien el Código Procesal Constitucional no ha regulado expresamente la institución del litisconsorte facultativo en el proceso abstracto de inconstitucionalidad de la leyes, en el marco de su autonomía procesal, y sujetándose a los límites desarrollados en el fundamento 3 de la presente Resolución, es competente para cubrir las lagunas de la legislación procesal en lo concerniente a la admisibilidad de demandas subsidiarias”⁶⁴².

“[D]ado el carácter *numerus clausus* con el que se ha efectuado el tratamiento de la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional considera que solo pueden actuar en la calidad de litisconsortes facultativos los órganos y sujetos a los que se refiere el artículo 203 de la Constitución Política del Estado, y dentro de las características y limitaciones propias de un proceso objetivo como éste”⁶⁴³.

⁶⁴⁰ STC 3081-2007-AA/TC, FJ. 9.

⁶⁴¹ STC 3081-2007-AA/TC, FJ. 8.

⁶⁴² RTC 0020-2005-PI/TC, FJ. 4.

⁶⁴³ RTC 0020-2005-PI/TC, FJ. 5.

Hemos visto ya que una de las dos grandes categorías de actos sobre los cuales puede recaer el control de constitucionalidad, es la de los actos normativos (leyes, normas jurídicas o instrumentos normativos).

Son actos normativos, en cuanto al Poder Legislativo, las leyes que dicte el Congreso, las resoluciones emanadas de este mismo órgano o las que dicten las cámaras que integran el Congreso.

En cuanto al Poder Ejecutivo, lo son los decretos, los reglamentos y las resoluciones emanadas de este órgano, incluyendo en estas dos últimas categorías los actos que provienen de la Vicepresidencia y de los distintos ministerios y otros órganos dependientes del Poder Ejecutivo.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, tenemos las acordadas, los reglamentos, los decretos y las resoluciones que dicte este órgano.

En lo que respecta al Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, el Ministerio Público, la Defensoría de Pueblo, la Contraloría General de la República y la Banca Central del Estado, tenemos reglamentos y resoluciones.

En relación con las gobernaciones y las municipalidades, deben mencionarse las ordenanzas departamentales o municipales, los reglamentos y las resoluciones.

No debe olvidarse que los tratados, convenios y acuerdos internacionales son actos normativos y como tales, atendiendo al rango infraconstitucional que tienen en nuestro ordenamiento jurídico, susceptibles de ser sometidos al control de constitucionalidad. En efecto, de conformidad con los artículos 137 y 141 de la Constitución, los tratados, convenios y acuerdos internacionales, cuando son incorporados a nuestro derecho interno, quedan, en cuanto a orden de prelación, inmediatamente por debajo de la Ley Suprema.

Se puede hablar también de actos normativos emanados de la Iglesia Católica o de otras iglesias, de universidades estatales, de universidades privadas, de asociaciones privadas, de fundaciones, de sociedades anónimas y cooperativas y de otras sociedades, tales como estatutos, reglamentos y resoluciones.

En todos estos casos, salvo el de las universidades estatales o el de algún tipo de sociedad con participación estatal, se trata de entidades de carácter privado. En varias ocasiones la Corte Suprema ha admitido acciones de inconstitucionalidad promovidas contra actos normativos dictados por estas entidades.

Creemos que el criterio es acertado. No puede sostenerse que para que sea viable la impugnación de inconstitucionalidad debe tratarse necesariamente de un acto normativo emanado de un órgano de carácter público. Si se aceptara esta postura, contra las eventuales violaciones de normas de máximo rango, contenidas en estatutos, reglamentos, etc. de instituciones de carácter privado, no existiría vía alguna de impugnación en cuanto a su constitucionalidad.

El control de constitucionalidad de actos de esta naturaleza, debe quedar en manos de la Sala Constitucional, sin perjuicio de la posibilidad de ampliación de sala, prevista en el artículo 16 de la Ley N° 609/95. En estos casos, la declaración de inconstitucionalidad debe tener efectos erga omnes. Además debería pensarse en que la ampliación de sala no dependiera exclusivamente de la voluntad de los ministros de la Corte Suprema, sino que igualmente pudiera ser solicitada por el Ministerio Público, por ejemplo.

Las siguientes resoluciones también deben ser incluidas entre las pueden ser objeto del control de constitucionalidad, por la vía de la acción respectiva, con intervención de la Sala Constitucional o del pleno de la Corte:

- a) La resolución de la Cámara de Diputados por la cual se destituye a un gobernador, a un intendente, a una junta departamental o a una junta municipal, "por grave irregularidad en la ejecución del presupuesto o en la administración de sus bienes, previo dictamen de la Contraloría General de la República" (artículo 165 de la Constitución).
- b) La resolución de la Cámara de Senadores dictada como culminación de un juicio político (artículo 225, 2° pfo., de la Constitución).
- c) La resolución de cualquiera de las Cámaras referente al desafuero de un congresista (artículo 191 de la Constitución).
- d) Las sentencias dictadas por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

La idea que proponemos es que el control de constitucionalidad que realice la Sala Constitucional (y eventualmente el pleno de la Corte), por la vía de la acción de inconstitucionalidad, recaiga sobre actos normativos fundamentalmente. En otras palabras, toda impugnación de inconstitucionalidad de leyes, tomada la palabra en sentido amplio, debe ser planteada ante la Sala Constitucional. Éste es el control de constitucionalidad propiamente dicho, pues se trata de un control interrroganos, que recae básicamente sobre actos provenientes de otros órganos de gobierno.

Dando por sentado que la declaración de inconstitucionalidad debe tener efectos erga omnes en todos los casos mencionados, no se presentaría ningún inconveniente en cuanto a la viabilidad de un nuevo pronunciamiento, en los casos en que éste fuere necesario. Título: El control de constitucionalidad y el recurso de casación. Autor: Lezcano Claude, Luis. Publicado en: LLP 2001, 1275. Cita Online: PY/DOC/129/2007.

d) Bloque de constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad es un concepto que si bien fue desarrollado por el Consejo Constitucional francés, éste se ha expandido del pensamiento constitucional europeo y ha recalcado en América Latina. El TC peruano ha tenido divesas oportunidades de pronunciarse en torno a ella; y no cabe duda que ha utilizado en diversas oportunidades esta categoría, para definir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, abandonando el método de evaluación que tenía como único canon a los preceptos expresamente contenidos en la Constitución, ampliándolo también a otras normas que forman parte de dicho bloque de constitucionalidad. Así, el TC ha definido este concepto del siguiente modo:

“Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos. [...] [D]icho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él”⁶⁴⁴.

⁶⁴⁴ STC 0013-2003-CC, FJ 10.5

“El bloque de constitucionalidad, como ya ha dicho este Colegiado en reiteradas oportunidades (Expedientes N°s 0002-2005-AI/TC; 0013-2003-CC/TC; 0005-2005-CC/TC; 3330-2004-AA/TC), puede ser entendido como aquella “hipótesis de infracción indirecta, al parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango” (STC 0047-2004-AI/TC FJ 128)”⁶⁴⁵.

Resulta pues, en este punto, de especial relevancia el reconocimiento que formula el TC respecto de las llamadas “normas interpuestas”. Veamos:

“Por ‘bloque de constitucionalidad’ en el caso [peruano] hay que entender en efecto, no sólo normas materialmente constitucionales, sino también normas interpuestas en el control de constitucionalidad como es el caso, por ejemplo, de las leyes que delegan facultades al Poder Ejecutivo para que legisle sobre determinadas materias conforme al artículo 104 de la Constitución. Aquí la ley de delegación forma parte del bloque y se convierte por tanto en parámetro para controlar la legislación delegada. De manera que nuestra regulación formal, tanto en el anterior artículo 22º de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como en la actual (art. 79º del CPConst.), no se corresponden necesariamente con lo que sucede en la práctica, cuando se incluye en el concepto de ‘bloque’ sólo a las leyes orgánicas u otro tipo de leyes que regulan las ‘atribuciones de los órganos del Estado’”⁶⁴⁶.

— *Requisitos para la identificación de las normas del bloque de constitucionalidad.*

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el tipo de normas que forman parte del bloque de constitucionalidad se identifican bajo las siguientes características:

- a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa. En la STC 0041-2004-AI, el Tribunal Constitucional, estableció que el requisito de ratificación de las ordenanzas distritales por parte de la Municipalidad Provincial, previsto en el artículo 40 de la Ley 27972 —Ley Orgánica de Municipalidades—, constituye un requisito de validez de tales ordenanzas.
- b) La regulación de un contenido materialmente constitucional. Es el caso, por ejemplo, de las leyes que, por mandato de la propia Constitución, se encuentran encargadas de configurar determinados derechos fundamentales.
- c) La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales. Tal es el caso de la Ley de Bases de la Descentralización. Normas legales de esta categoría servirán de parámetro cuando se ingrese en la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ STC 00023-2007-PI, FJ 30.

⁶⁴⁶ STC 00023-2007-PI, FJ 28.

⁶⁴⁷ STC 00023-2007-PI, FJ 32.

— *Principio de competencia y bloque de constitucionalidad de ordenanzas regionales.*

“Principio de competencia.— El principio de competencia está estructurado, a criterio del Tribunal Constitucional, por los principios de distribución de competencias, el bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales y la integración de otras normas en dicho bloque.

Distribución de competencias.— En el Estado unitario y descentralizado regional, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y regionales, además de los locales. La autonomía político-normativa de los Gobiernos Regionales conlleva la facultad de crear Derecho y no sólo de ejecutarlo. Precisamente por ello, el Estado debe concebirse como un Estado “unitario y descentralizado”, es decir, como aquel en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, fundada en el principio constitucional de la autonomía, prevista en los artículos 191.º y 194.º de la Constitución, acepta la coexistencia de subsistemas normativos (nacional, regional y local). La creación de Gobiernos Regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano. Pero la articulación de las fuentes en un ordenamiento de tal naturaleza no puede efectuarse exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia. En efecto, dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200.4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto.

El bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales.— En el bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales cuentan tanto las leyes orgánicas que desarrollan el régimen constitucional de los Gobiernos Regionales como también aquellas otras leyes que tengan relación con esta materia.

(1) La integración en el bloque de las leyes orgánicas— Las leyes orgánicas encargadas de determinar las competencias de los Gobiernos Regionales son la LBD y la LOGR. Dichas competencias, de conformidad con el artículo 13.º de la referida ley, pueden ser exclusivas, compartidas o delegadas. En tanto las competencias compartidas dan lugar a funciones específicas que cada uno de los niveles de gobierno debe llevar a cabo, tales funciones, en el caso de los Gobiernos Regionales, han sido recogidas en su respectiva ley orgánica; específicamente en sus artículos 47.º a 64.º De este modo, la validez de las ordenanzas regionales se encuentra sujeta al respeto del marco normativo establecido tanto en la LBD como la LOGR, por lo que forman parte del parámetro de control en la presente causa.

(2) La integración en el bloque de otras normas legales.— Lo anterior no significa que allí se agoten las normas que pueden conformar el bloque de constitucionalidad. La apertura de éste a otras normas, sean éstas leyes orgánicas o simples leyes estatales o decretos legislativos, depende del tipo de materias que hayan sido reguladas por una ordenanza regional y, particularmente, de la clase de competencia (exclusiva, compartida o delegable) de que se trate. Existe, por tanto, un parámetro

“natural” de control de constitucionalidad de las ordenanzas regionales, que se encuentra integrado por la Constitución, la LBD y la LOGR; pero también, tratándose de la regulación de determinadas materias, el bloque de constitucionalidad puede estar conformado, adicionalmente, por otras leyes nacionales. En estos casos, dichas normas forman parte de lo que podría denominarse un parámetro “eventual” de constitucionalidad⁶⁴⁸.

e) Examen de constitucionalidad de normas preconstitucionales.

[...]tratándose del control de la legislación preconstitucional, el juicio de compatibilidad entre la Ley anterior (o Decreto Ley) y la Constitución actual, no se resuelve únicamente en un control de validez bajo los alcances del principio de jerarquía, sino, incluso, en uno de mera vigencia. En efecto una vez que entra en vigencia una nueva Constitución, ésta es capaz de derogar tácitamente la legislación “preconstitucional” que se le oponga, pues también en este caso es de aplicación el principio “lex posterior derogat priori”. Sin embargo, lo anterior no impide que, en el seno de una acción de inconstitucionalidad, este Tribunal pueda declarar su inconstitucionalidad en caso de ser incompatible con la nueva Constitución.

Es cierto que el supuesto de derogación tácita y la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional no son operaciones análogas y de efectos similares. Mientras que la primera la realiza el Juez y tiene efectos interpartes; la segunda es competencia del Tribunal Constitucional y, en virtud de los efectos de sus sentencias, tiene alcance general –erga omnes– y vincula a todos los poderes públicos, incluido obviamente al propio Poder Judicial.

Por lo tanto, habiéndose promovido una acción de inconstitucionalidad contra leyes preconstitucionales, el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre su compatibilidad, por el fondo, con la Constitución de 1993⁶⁴⁹.

f) Examen de constitucionalidad de normas no vigentes: supuestos.

“La circunstancia que una disposición no esté vigente no es óbice para que no se examine su constitucionalidad. Si bien el objeto del proceso de inconstitucionalidad es el examen de normas vigentes, las normas que carecen de vigencia o que ya no forman parte del ordenamiento jurídico pueden también serlo. Tres son los supuestos en los que una disposición que carece de vigencia puede ser sometida al examen de su constitucionalidad.

Respecto al primer supuesto, clásica y autorizada doctrina lo ha planteado en los siguientes términos: “Parece obvio que el tribunal constitucional sólo puede conocer las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución. ¿Por qué anular una norma que ha dejado de estar en vigor? Observando con atención esta cuestión se advierte, sin embargo, que es posible aplicar el control de constitucionalidad a normas ya abrogadas. En efecto, si una norma general (...) abroga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberán continuar aplicando

⁶⁴⁸ STC 0031-2005-AI/TC, FJ. 12.

⁶⁴⁹ STC 0010-2002-AI/TC, FF.JJ. 24-25.

la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aún en vigor. Si se quiere evitar esta aplicación en razón de la inconstitucionalidad de la norma abrogada (...), es necesario que esta inconstitucionalidad se establezca de manera auténtica y que le sea retirado a la norma el resto de vigor que conservaba.”.

En este sentido, el examen de constitucionalidad de una disposición no vigente está condicionado a que ella sea susceptible de ser aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante el tiempo en que estuvo vigente. Tal puede ser, por ejemplo, el típico caso de las disposiciones que hallamos en el Código Civil, el Código del Niño y el Adolescente, la Ley General de Sociedades, que fueran derogadas por leyes posteriores y, luego, sometidas al examen de constitucionalidad. La justificación del examen de validez constitucional reside en que, una vez derogadas, los hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridos durante la vigencia de tales normas, son regidos por dichas disposiciones. Para evitar la aplicación de dichas normas, en el supuesto de que fueran eventualmente inconstitucionales, se requiere su declaración de invalidez (inconstitucionalidad). Por esta razón, aun cuando una disposición esté derogada, ha menester un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. Es en tal sentido que este Colegiado ha afirmado que “(...) la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad”. Como se advierte, la razón de ello reside en que, a diferencia de la derogación, a través de la declaración de inconstitucionalidad, se “aniquila” todo efecto que la norma [derogada] pueda cumplir”.

El segundo supuesto surge de la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma penal o tributaria habilite la reapertura de procesos en que aquella fue aplicada, conforme establece el artículo 83 CPConst. Este supuesto ya ha sido incorporado por la jurisprudencia de este Tribunal al haber afirmado que el examen de constitucionalidad de una disposición derogada se da: “cuando, (...), la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria”.

De conformidad con el artículo 83° CPConst, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no habilita la reapertura de procesos concluidos donde ella haya sido aplicada, con excepción de los supuestos de materia penal y tributaria. A contrario sensu, los procesos concluidos relativos a materias distintas de las anteriores no pueden ser reabiertos. Precisamente, la posibilidad de reapertura de procesos donde se haya aplicado una norma penal o tributaria ya derogada, pero cuya inconstitucionalidad sea advertida posteriormente, impone que el Tribunal examine su constitucionalidad.

En consecuencia, si una norma penal o tributaria fuera derogada y hubiera sido aplicada en la resolución de procesos, corresponderá el examen de su constitucionalidad.

Finalmente, el tercer supuesto se da cuando una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente. Es decir, cuando es aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas posteriores a la cesación de su vigencia. En consecuencia, si una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente, ha menester el examen de su constitucionalidad.

Ciertamente, el examen de constitucionalidad de una disposición no vigente en este supuesto presupone que la aplicación ultraactiva de la disposición, a través de una concreta norma o acto, haya sido detectada.

La justificación del examen de constitucionalidad en este supuesto radica en evitar, al igual que en el primer supuesto, que una disposición inconstitucional continúe siendo aplicada. Se trata aquí de evitar el efecto o aplicación ultraactiva de una disposición inconstitucional como consecuencia imperativa del principio de supremacía constitucional⁶⁵⁰.

En similar sentido se ha pronunciado el TC, al examinar la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1097, el cual regulaba determinados beneficios para policías y militares procesados por delitos de lesa humanidad, y que había sido derogado en el curso del proceso de inconstitucionalidad. Aquí el TC analiza más específicamente si las normas procesales pueden surtir efectos una vez derogadas, y si, por ende, cabe el control de constitucionalidad cuando dichas normas procesales han sido derogadas.

“La presente demanda fue interpuesta el 9 de septiembre de 2010 y admitida a trámite el día 13 del mismo mes. El Decreto Legislativo N.º 1097, impugnado en esta causa, fue derogado por la Ley N.º 29572, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de septiembre de 2010.

El hecho de que con posterioridad a la presentación de la demanda, el Decreto Legislativo sometido a juicio haya sido derogado, exige a este Tribunal determinar, ante todo, si en el presente proceso ha sobrevenido la sustracción de la materia.

Sobre el particular, este Colegiado tiene establecido en su jurisprudencia que “la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad ‘aniquila’ todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83º del Código Procesal Constitucional)” (Cfr. SSTC 0019-2005-PI, F. J. 5; y 0005-2007-PI, F. J. 1).

En base a la diferencia ontológica de estas dos instituciones (la derogación y la inconstitucionalidad), es criterio uniforme de este Tribunal considerar que “no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria” (Cfr. SSTC 0004-2004-PI — acumulados —, F. J. 2; 0019-2005-PI, F. J. 5; y 0005-2007-PI, F. J. 1).

Es notorio que una eventual declaración de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo impugnado, no determinaría la nulidad de sus efectos pasados, pues, tal como es de público conocimiento, esta norma no ha merecido en el pasado aplica-

⁶⁵⁰ STC 00045-2004-PI, FJ 10 a 13.

ción alguna por parte de los operadores jurídicos. Pero no sólo ello. Tal como luego se analizará con mayor detenimiento, el Decreto Legislativo incoado, sólo introduce normas beneficiosas para los policías y militares acusados de la comisión de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud o contra la Humanidad. De ahí que, con prescindencia de si dicho tratamiento procesal beneficioso resulta o no constitucional (asunto que se analizará luego), si éste hubiese surtido y agotado sus efectos en el pasado, tales efectos no podrían ser declarados retroactivamente inconstitucionales a través de una sentencia del Tribunal Constitucional. Y es que resulta claro que una interpretación razonable del artículo 83º del Código Procesal Constitucional (CPCo.) de conformidad con el artículo 103º de la Constitución, implica asumir que aquél sólo admite una aplicación retroactiva de una sentencia de inconstitucionalidad en materia penal *in bonam partem*.

Así las cosas, queda por analizar si existe mérito para pronunciarse con relación a la constitucionalidad de la norma cuestionada, en razón de sus eventuales efectos ultractivos.

El Decreto Legislativo N.º 1097 tiene un contenido normativo eminentemente procesal penal. En esa medida, suele ser un criterio jurídico común asumir que en materia de aplicación de legislación procesal en el tiempo, rige el principio *tempus regit actum*, en virtud del cual el acto procesal estará regulado por la norma vigente al momento en que éste se realiza. Sobre esta base, cabe asumir que la derogación del Decreto Legislativo N.º 1097, por versar sobre materia procesal penal, ha determinado la imposibilidad de que pueda regular ultractivamente situaciones jurídicas.

Empero, también es cierto que en el ámbito jurídico se discute la posibilidad de relativizar el principio *tempus regit actum* en materia procesal, para aquellos supuestos en los que la regla procesal “nueva” tenga una incidencia directa más perjudicial sobre algún derecho fundamental, en comparación con la regla procesal “vieja” (derogada). En estos supuestos —afirma un sector de la doctrina—, debe continuar siendo de aplicación la regla procesal derogada por resultar más beneficiosa para el contenido protegido del derecho fundamental concernido. Incluso, este Tribunal se ha regido por este criterio al determinar si resultan o no de aplicación algunas normas del CPCo. a los casos judiciales iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia, optando por la aplicación ultractiva de determinadas normas procesales de la derogada Ley N.º 23506, por resultar menos restrictivas del derecho de acceso a la jurisdicción constitucional en comparación con determinadas normas del CPCo. (Cfr. SSTC 3194-2004-PHC, F. J. 2; 4101-2004-PHC, F. J. 4; entre otras).

En tal sentido, no cabe descartar de plano la posibilidad de que alguna persona que considere que su situación de hecho se subsume en alguno de los supuestos normativos regulados por el impugnado Decreto Legislativo, reclame para sí su aplicación ultractiva favorable, a pesar de su derogación, por considerar que incluye normas que le permitirían obtener una libertad de la que ahora carece o la exclusión de un proceso penal al que actualmente se encuentre sometido.

Desde luego, el éxito de dicha tentativa no sólo estaría condicionado a que el juez que conozca el asunto asuma la existencia de una relación directa entre la norma procesal y el tratamiento más beneficioso de un derecho fundamental concreto, sino además a que no considere inconstitucional dicho tratamiento por afectar irrazonable o desproporcionadamente otros derechos fundamentales y/o bienes constitucionales.

Sin embargo, es justamente la posibilidad de que un supuesto como el descrito se presente la que exige a este Tribunal, en tanto supremo intérprete de la Constitución y de los derechos fundamentales, no asumir que en la presente causa se ha producido la sustracción de la materia, emitiendo un pronunciamiento de fondo en relación con la constitucionalidad o no del Decreto Legislativo N.º 1097. Un razonamiento contrario implicaría que este Colegiado abdique de sus funciones de pacificación, ordenación y valoración (Cfr. SSTC 0019-2005-PI, F. J. 47; y 0017-2008-PI, FF. JJ. 81 – 83)⁶⁵¹.

g) Control constitucional sobre normas derogadas

“La cuestión de si la abrogación parcial del artículo 2 del Decreto de Urgencia N.º 005-2007 impide que este Tribunal efectúe su control de constitucionalidad ha de ser absuelta en los términos como se ha afrontado el problema en su jurisprudencia. Según ésta, la derogación [y ahora, la abrogación] de una disposición legal no necesariamente implica la pérdida de competencia de este Tribunal para expedir un pronunciamiento sobre el fondo [STC 00004-2004-AI/TC y STC 00019-2005-PI].

La derogación de una norma sólo tiene la propiedad de cancelar su vigencia y aplicabilidad para los hechos y situaciones jurídicas que acaezcan con posterioridad a la derogación/abrogación, pero no la regulación de aquellos hechos y situaciones jurídicas que hubieron acaecido durante el lapso en que la disposición legal estuvo vigente, en los que es posible una aplicación ultraactiva de la norma. En ese contexto, la aplicación ultraactiva que pueda tener una ley derogada no difiere en lo absoluto del presupuesto para la aplicación de las leyes vigentes: ésta debe ser conforme con la Ley Fundamental, como exigencia que dimana del principio jerárquico [artículo 51 de la Constitución].

En el proceso de inconstitucionalidad el Tribunal juzga la validez constitucional de las leyes y las normas con rango de ley. En la STC 00004-2004-AI/TC, este Tribunal recordó que ‘La validez en materia de justicia constitucional (...) es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente a la fecha de la publicación de la sentencia de este Tribunal que así lo declarase (artículo 204º de la Constitución), quedando impedida su apli-

⁶⁵¹ STC 0024-2010-PI/TC, FF.JJ. 2-7.

cación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido, y, en su caso, podrá permitirse la revisión de procesos fenecidos en los que fue aplicada la norma, si es que ésta versaba sobre materia penal o tributaria (artículos 36° y 40° de la Ley N.° 26435 —Orgánica del Tribunal Constitucional) [fundamento 2].

Por esa razón, en la STC 00019-2005-PI/TC el Tribunal precisó que ‘(...) la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultraactivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83° del Código Procesal Constitucional) [fundamento 5].

Asimismo, agregó que en la medida en ‘(...) que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez”, en la STC 0004-2004-AI/TC se condicionó la capacidad de este Colegiado para realizar un juicio de constitucionalidad sobre la legislación derogada a la concurrencia alternativa de dos supuestos: “a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria’ [fundamento 2].

En lo que al caso incumbe, el Tribunal observa que la abrogación parcial del artículo 2 del Decreto de Urgencia N.º 005-2007 no se encuentra bajo ninguno de los supuestos enunciados en el fundamento anterior. En efecto, lo allí regulado no versa sobre materia penal o tributaria, ni tampoco la regulación de la materia abrogada tiene la propiedad de continuar desplegando sus efectos. Por tanto, el Tribunal considera que debe desestimarse la pretensión⁶⁵².

h) Control constitucional sobre leyes aprobadas por referéndum

“Que ese también es el caso de la Ley N° 29625, más allá de que ésta haya sido aprobada mediante referéndum. En efecto, el hecho de que su aprobación se haya realizado mediante este mecanismo de democracia directa, no altera su condición de tratarse de una norma con rango de ley y, como tal, encontrarse necesariamente sometida, en lo que se refiere a su validez, a su conformidad con la Constitución. A estos efectos, el Tribunal vuelve a recordar que cuando el Pueblo mayoritariamente expresa su voluntad siguiendo algunos de los procedimientos que la Constitución y la ley contemplan, no actúa como poder constituyente, sino como un auténtico poder constituido y, en ese sentido, bajo la condición de un poder de competencias limitadas por la Ley Fundamental. Como expresamos en la STC 0014-2002-AI/TC,

⁶⁵² STC 0004-2007-PI, FJ. 6 al 10.

en el sistema constitucional peruano el Pueblo puede actuar ya como un poder constituyente [cuando mediante referéndum aprueba una reforma total de la Constitución], ya como un poder constituido. Actúa en esta última condición, cada vez que

‘El Pueblo como legitimador de los poderes constituidos (...) elige periódicamente a sus representantes ante los diversos órganos públicos o cuando se le somete a su consulta la aprobación de determinadas leyes o reformas parciales de la Constitución. Como señala el artículo 1° de la Ley de Participación y Control Ciudadanos, el ejercicio de los derechos de participación y control ciudadanos, que incluye los de iniciativa de reforma parcial, se realiza de "conformidad con la Constitución". En efecto, el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues si actuara como poder constituyente, no podría ser objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse. Como señala Alessandro Pace ["Muerte de una Constitución", en Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid 1999] "la autorizada afirmación, conforme a la cual 'en el Estado Constitucional no hay soberano', significa, precisamente, que la soberanía jurídica no corresponde en el Estado constitucional a ningún sujeto u órgano, sino que se encuentra dividida y distribuida en forma de funciones públicas y de derechos funcionales, todos ellos intrínsecamente limitados' [Fund. Jur. 116].

De modo que, al igual de lo que sucede con cualquier otra norma con rango de ley, también las leyes aprobadas mediante referéndum tienen en el proceso de inconstitucionalidad al procedimiento predeterminado a través del cual este Tribunal puede evaluar su conformidad formal y material con la Constitución.

Que, finalmente, ninguna relación tiene los alcances de lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadano, en cuanto restringe temporalmente que una ley aprobada mediante referéndum pueda ser modificada sino hasta después de 2 años desde que entró en vigencia, con el hecho de que este Tribunal pueda controlar su validez constitucional. La prohibición de que durante los primeros 2 años de entrada en vigencia de una ley aprobada mediante referéndum pueda ser modificada, tiene el propósito de impedir de que en base a criterios de conveniencia política de los representantes del pueblo –que son los criterios en los que se funda la aprobación, modificación o derogación de las normas legales- se pueda alterar la voluntad mayoritaria del pueblo. En una lógica completamente distinta se encuentra el significado del control de constitucionalidad de las leyes, que para empezar no se funda en base a criterios de conveniencia o inconveniencia, sino en base a criterios estrictamente jurídicos de validez o invalidez constitucional. Se trata de una tarea que a este Tribunal ha confiado la misma Constitución, al declarar su artículo 201 que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, correspondiendo anular en el proceso de inconstitucionalidad, si ese fuera el caso, a toda norma con rango de ley que sea contraria a sus designios, cualquiera pueda ser el poder constituido del cual emane.

Que, por tanto, al tratarse la Ley 29625 de una norma aprobada por el pueblo en su condición de "cuerpo electoral", es decir, en su condición de poder constituido, el proceso dentro del cual corresponde controlar su conformidad con la Constitu-

ción es el contemplado en su artículo 200.4 y desarrollado en los artículos 98 y siguientes del Código Procesal Constitucional, motivo por el cual este argumento debe ser desestimado”⁶⁵³.

h) Examen de constitucionalidad de normas interpretativas.

Respecto a esta clase especial de normas legales y su control de constitucionalidad, el TC se ha pronunciado en los siguientes términos:

“§ Normas interpretativas en materia tributaria

En el presente proceso la controversia se circunscribe a analizar la verdadera naturaleza de la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 28647, a efectos de determinar si esta es una norma interpretativa, cuyos efectos rigen desde la entrada en vigencia de la norma interpretada, o, por el contrario, una norma innovativa, cuyos efectos pretenden aplicarse retroactivamente. Por esta razón es menester: i) definir el contenido de una norma interpretativa; ii) precisar los elementos que identifican el contenido de una norma interpretativa, y iii) evaluar si la Disposición Transitoria Única impugnada es de naturaleza interpretativa.

i) Contenido de una norma interpretativa

Las normas interpretativas son aquellas que declaran o fijan el sentido de una norma dictada con anterioridad y se reconocen porque, al promulgarlas el Legislador, generalmente, utiliza palabras como “interpretétese”, “aclárese” o “precítese”. El objetivo de una norma interpretativa es eliminar la ambigüedad que produce una determinada norma en el ordenamiento jurídico. Así, ambas normas –la interpretada y la interpretativa– están referidas a la misma regulación; por consiguiente, la norma interpretativa debe regir desde la entrada en vigencia de la norma interpretada.

El artículo 102.1 de la Constitución Política ha establecido como atribución del Congreso “Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”, por lo que corresponde a este poder del Estado interpretar una norma anterior mediante una norma nueva, a cuyo efecto debe seguir el procedimiento parlamentario exigido para la norma interpretada en materia de iniciativa, quórum de votación, publicación, etc.

El problema que se plantea con este tipo de normas es que a veces el Legislador pretende atribuir un efecto interpretativo a normas que, en el fondo, no lo son. Estas aparentes normas interpretativas deberían entrar en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, y no desde la entrada en vigencia de la supuesta norma interpretada, ya que en estos casos no existe una unidad normativa esencial entre ambas normas.

ii) Elementos que identifican el contenido de una norma interpretativa

Como no es suficiente que una norma se autodefina como interpretativa para que realmente lo sea, el Tribunal Constitucional considerada pertinente adoptar los tres requisitos establecidos por la Corte Constitucional de Colombia que deben

⁶⁵³ RTC 0007-2012-PI (Nulidad), FJ 12 al 14.

satisfacer dicha clase de normas, sin los cuales se desnaturalizan y carecen de la virtud de integrarse a la norma interpretada:

Primero, debe referirse expresamente a una norma legal anterior. Segundo, debe fijar el sentido de dicha norma anterior enunciando uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada, el cual pasa, por decisión del propio legislador, a ser el significado auténtico que excluye las demás interpretaciones de la norma anterior. Tercero, no debe agregarle a la norma interpretada un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material.

Evidentemente, cuando una norma cumple estos requisitos, entonces es interpretativa y se integra a la norma interpretada, pero cuando no los cumple debe ser entendida como una norma innovativa⁶⁵⁴.

Recientemente, el TC se ha vuelto a pronunciar con relación a la naturaleza de las normas interpretativas y los efectos que produce la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma “interpretativa”. Veamos:

“Si nos vamos al texto mismo del Decreto de Urgencia N° 061-2010, podremos confirmar que lo que éste hace es en realidad una interpretación de las disposiciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En efecto, el artículo 1º interpreta que las cláusulas generales de contratación que, conforme a dicho Código (numeral 54.1 del artículo 54º), podrán aprobar los organismos reguladores, serán únicamente las de los servicios públicos sujetos a regulación económica. Asimismo, el artículo 2º interpreta que, de acuerdo al referido Código (numeral 66.7 del artículo 66º), los consumidores de servicios de transporte nacional podrán endosar, transferir y postergar tales servicios siempre que esta posibilidad haya sido previamente pactada entre consumidor y proveedor. Es decir, en ningún caso el Decreto de Urgencia N° 061-2010 ha alterado el texto del Código de Protección y Defensa del Consumidor como para entender que ha realizado una modificación de éste, sino que sólo ha realizado una interpretación, ciertamente restrictiva, del numeral 54.1 del artículo 54º y del numeral 66.7 del artículo 66º de dicho Código.

A juicio de este Colegiado, al no presentarse los presupuestos habilitantes para la expedición del Decreto de Urgencia N° 061-2010, la interpretación que éste hace del Código de Protección y Defensa del Consumidor resulta, consecuentemente, inconstitucional, ya que, en tal escenario, dicho Decreto usurpa una competencia propia del Congreso de la República, organismo al que compete dar una ley que interprete otra ley (como el Código de Protección y Defensa del Consumidor), conforme al artículo 102º, inciso 1, de la Constitución.

Por tanto, el Decreto de Urgencia N° 061-2010 no es una norma que al modificar los artículos 54.1 y 66.7 del referido Código, haya sustituido el texto de aquellos por unos nuevos –los contenidos en el D.U. inconstitucional–, sino constituyen sólo una interpretación (inconstitucional) de éstos. Consecuentemente, al declararse inconstitucional las disposiciones interpretativas del Decreto de Urgencia y expulsarse a éstas del ordenamiento jurídico al día siguiente de la publicación de esta sentencia, subsistirán el texto del numeral 54.1 del artículo 54º y el texto del nume-

⁶⁵⁴ STC 0002-2006-AI/TC, FF.JJ. 20-22.

ral 66.7 del artículo 66º del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sin las precisiones interpretativas declaradas inconstitucionales, no siendo de aplicación por ello, el último párrafo del artículo 83º del Código Procesal Constitucional, pues el mencionado Decreto no ha modificado, ni mucho menos derogado, disposición alguna del referido Código”⁶⁵⁵.

i) Cosa juzgada y revisión de normas que ya han sido enjuiciadas en un proceso de inconstitucionalidad.

En algunas oportunidades, el Tribunal Constitucional ha tenido que hacer frente a casos en los cuales la norma enjuiciada ya ha sido objeto de un anterior proceso de inconstitucionalidad. Como es lógico, una primera postura al respecto consistiría en decantarse por la improcedencia de esa nueva demanda. Sin embargo, cabe aquí diferenciar si la decisión recaída en aquel primer proceso se ha basado en aspectos formales o en razones de fondo. Tratándose del primer caso, el artículo 82 del C.P.Const. señala con total claridad que “la declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código”. Sin embargo, tratándose del segundo caso –esto es, si la sentencia previa se ha pronunciado sobre el fondo–, resulta aplicable el artículo 104, inciso 2, del C.P.Const., según el cual cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo, el Tribunal declarará improcedente la demanda. No obstante ello, la jurisprudencia del Supremo Intérprete ha dejado entrever que, aún situándonos en este último supuesto, resulta plenamente válido interponer una nueva demanda, de concurrir algunos supuestos habilitantes que se derivan del concepto de “cosa juzgada constitucional. A continuación, reseñaremos los argumentos empleados por el Tribunal para arribar a esta postura.

— *Demanda sustancialmente igual en cuanto al fondo.*

“[E]l supuesto para la declaración liminar de improcedencia de una demanda de inconstitucionalidad está conformado por la preexistencia de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad que haya resuelto una controversia constitucional ‘sustancialmente igual’ a la planteada en la nueva demanda. A contrario sensu, si la controversia constitucional no es ‘sustancialmente igual’, no corresponderá la declaración de improcedencia”⁶⁵⁶.

— *Cosa juzgada constitucional.*

“[...] el análisis de si la controversia constitucional planteada en una demanda de inconstitucionalidad es ‘sustancialmente igual’ a la resuelta en una preexistente sentencia desestimatoria, no es sino, dogmáticamente, el análisis de si la nueva demanda plantea un asunto que ya constituye, o no, cosa juzgada constitucional”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ STC 0028-2010-PI/TC, FF.JJ. 14-16.

⁶⁵⁶ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 5.

⁶⁵⁷ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 5.

“[...] esta causal de declaración de improcedencia liminar –art. 104º, inc. 2), del C.P.Const.- ha sido establecida con el propósito de garantizar la cosa juzgada de las sentencias expedidas en el proceso de inconstitucionalidad (art. 82º del citado Código), por lo que ha de interpretarse sistemáticamente con el significado de este atributo de las sentencias del proceso de inconstitucionalidad, pero, en particular, de las sentencias desestimatorias”⁶⁵⁸.

— *Cosa juzgada: estimatoria y desestimatoria.*

“De conformidad con el art. 82º del C.P.Const. las sentencias expedidas en los procesos de inconstitucionalidad ‘tienen autoridad de cosa juzgada’. Tal atributo de res iudicata corresponde tanto a las sentencias estimatorias como desestimatorias”⁶⁵⁹.

— *Cosa juzgada desestimatoria: efectos.*

“La cosa juzgada de la sentencia desestimatoria en el proceso de inconstitucionalidad despliega un doble efecto:

El efecto positivo consiste en el deber de partir de la verdad jurídicamente declarada en la sentencia –la constitucionalidad de la norma- en todo proceso donde tal norma sea aplicable.

El efecto negativo radica en la prohibición de someter a un nuevo examen de constitucionalidad, una disposición cuya constitucionalidad ya ha sido afirmada positivamente por el Tribunal Constitucional. En este contexto, la finalidad de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria es la denominada –por la doctrina alemana- ‘prohibición de repetición’ del proceso (Wiederholenverboten)”⁶⁶⁰.

— *Cosa juzgada desestimatoria: eficacia del efecto negativo.*

“Este atributo [efecto negativo] de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria se proyecta tanto respecto al Tribunal Constitucional como respecto al Poder Judicial.

Con relación al primero, la consecuencia es la prohibición del conocimiento de un nuevo proceso de inconstitucionalidad respecto a una disposición ya declarada constitucional. Respecto al Poder Judicial, la consecuencia de la cosa juzgada es la de constituir una prohibición de inaplicar dicha disposición en ejercicio del control difuso de constitucionalidad que la Constitución le ha conferido (art. 138º, segundo párrafo). Según esto, ‘[l]os jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad (...)’ (Art. VI, Título Preliminar, Código Procesal Constitucional). Tal efecto no es sino consecuencia del valor de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria del proceso de inconstitucionalidad”⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 6.

⁶⁵⁹ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 6.

⁶⁶⁰ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 6.

⁶⁶¹ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 6.

— *Evaluación del límite objetivo de la cosa juzgada desestimatoria: criterios.*

“[A] efectos de examinar cuándo una nueva demanda de inconstitucionalidad afecta el límite objetivo de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, se ha de analizar:

a) Si la norma constitucional que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta.

b) Si la norma constitucional parámetro de juicio ha variado en su sentido.

c) Si la norma legal impugnada, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria.

d) Si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria.

Los supuestos contemplados en a) y b) se producen en la norma constitucional el parámetro de juicio. El supuesto de c) concierne, por el contrario, a la norma impugnada el objeto de control. El supuesto de d) es de carácter metodológico y concierne al principio interpretativo empleado en el análisis de la controversia”⁶⁶².

➤ **Si la norma constitucional que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta [supuesto a)]**

“El supuesto contemplado en a) es el típico caso donde la norma que ha sido empleada como parámetro de juicio en la sentencia desestimatoria es diferente a la que debe emplearse en la nueva demanda. Tal la situación que se genera a consecuencia de la variación de la causa petendi. (V.gr. la sentencia desestimatoria examinó la constitucionalidad de una ley respecto a la libertad de información, empero, la nueva demanda impugna la constitucionalidad de la misma ley respecto a la libertad de trabajo)”⁶⁶³.

➤ **Si la norma constitucional parámetro de juicio ha variado en su sentido [supuesto b)]**

“El supuesto b) se origina en el cambio de sentido de la norma constitucional. Para la explicación de este supuesto resulta de relevancia la distinción entre disposición y norma. La disposición constitucional en cuanto enunciado lingüístico y la norma en cuanto significado de dicho enunciado. Desde esta perspectiva, una disposición constitucional puede contener más de una norma, más de un significado.

La variación reside aquí en que la disposición que sirvió de parámetro de juicio en la sentencia desestimatoria fue empleada asignándole un determinado significado, una concreta norma A; mientras que la que ha de ser empleada en la nueva demanda es una norma A'. Es decir, aparece la misma disposición constitucional pero enunciando una norma diferente, la cual aún no ha sido empleada como parámetro de juicio”⁶⁶⁴.

⁶⁶² RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 9.

⁶⁶³ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 9.

⁶⁶⁴ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 9.

“El cambio de norma de la disposición parámetro del juicio se debe a una evolución de la jurisprudencia o a una interpretación mutativa y dinámica de la Constitución efectuada por el Tribunal Constitucional. La comprensión de la cosa juzgada no puede estar exenta de esta consideración y de las consecuencias que inexorablemente ello ocasiona”⁶⁶⁵.

➤ Si la norma legal impugnada, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria [supuesto c)]

“Lo descrito en el supuesto b), puede también ocurrir en el supuesto c), esto es, la variación de la disposición impugnada, de un sentido, de una norma B, en la que se basó la sentencia desestimatoria, hacia una norma B’, que ha de ser aquella en la que debe ser examinada la nueva demanda de inconstitucionalidad. Es decir, aparece la misma disposición legal impugnada, pero enunciando una norma diferente, la cual aún no ha sido examinada en cuanto a su constitucionalidad”⁶⁶⁶.

“El cambio de norma de la disposición impugnada se debe a la variación que ella ha sufrido como consecuencia de su aplicación por sus operadores y por los propios órganos jurisdiccionales”⁶⁶⁷.

➤ Si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria [supuesto d)]

“Un elemento adicional y válido es el concerniente a la diversa conclusión respecto a la contenida en la sentencia desestimatoria, como consecuencia de la variación del método o principio interpretativo empleado para examinar el caso. Esto se debe a que el desarrollo y evolución permanente de la teoría de la interpretación constitucional provee de recursos que, aplicados a la misma controversia, pueden conducir a un resultado sustancialmente diferente al obtenido anteriormente”⁶⁶⁸.

- *Evaluación del límite objetivo de la cosa juzgada desestimatoria: complejidad.*

“[E]sta operación es compleja y, ciertamente, un pronunciamiento exhaustivo de la misma no siempre puede agotarse, liminarmente, al inicio de la etapa postulatoria del proceso de inconstitucionalidad. Por esto, el análisis efectuado en el auto admisorio es provisorio y está condicionado a un pronunciamiento definitivo en la sentencia que, eventualmente, puede ser distinto al inicial del auto admisorio. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad de garantizar el principio de primacía de la Constitución orienta a que la complejidad de este análisis no sea un impedimento para examinar la controversia; una solución opuesta no conduciría a la optimización de aquel principio y, por ello, debe ser descartada”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 9.

⁶⁶⁶ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 9.

⁶⁶⁷ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 9.

⁶⁶⁸ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 8.

⁶⁶⁹ RTC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ. 10.

i) Infracciones constitucionales.

Con el objeto de aclarar los distintos supuestos que pueden generar la interposición de una demanda de inconstitucionalidad, en virtud a la distinta forma como la Constitución puede ser vulnerada por un precepto de carácter legal, el Colegiado Constitucional ha dispuesto una tipología de las infracciones constitucionales. Veamos a continuación dicha tipología de las infracciones explicitada por el TC peruano.

— *Infracciones de forma: supuestos.*

“Una norma incurre en una infracción constitucional de forma, fundamentalmente, en 3 supuestos:

a) Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación. Dicho evento tendría lugar, por ejemplo, si, fuera de las excepciones previstas en el Reglamento del Congreso de la República, un proyecto de ley es sancionado sin haber sido aprobado previamente por la respectiva Comisión dictaminadora, tal como lo exige el artículo 105º de la Constitución.

b) Cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho. Así, por ejemplo, existen determinadas materias que la Constitución reserva a las leyes orgánicas (v.g. de conformidad con el artículo 106º, la regulación de la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución), razón por la cual en caso de que una ley ordinaria se ocupe de dicha regulación, incurriría en un vicio de inconstitucionalidad formal.

c) Cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo. Ello tendría lugar, por ejemplo, si el Poder Legislativo expidiera decretos de urgencia, pues la posibilidad de dictar dichas fuentes normativas ha sido reservada al Presidente de la República, conforme a lo previsto en el artículo 118º 19 de la Constitución”⁶⁷⁰.

— *Infracciones de fondo.*

“Las infracciones constitucionales de fondo tienen lugar cuando la materia regulada por la norma con rango ley, resulta contraria a algunos de los derechos, principios y/o valores constitucionales, es decir, cuando resulta atentatoria no de las normas procedimentales o del iter legislativo, sino de las normas sustanciales reconocidas en la Constitución”⁶⁷¹.

— *Infracciones parciales o totales.*

“La totalidad o parcialidad de las infracciones constitucionales, no se encuentra referida a un quantum de la fuente afectada (la Constitución), sino de la fuente le-

⁶⁷⁰ STC 00020 y 00021-2005-PI, FJ 22.

⁶⁷¹ STC 00020 y 00021-2005-PI, FJ 23.

siva (la ley o norma con rango de ley). En efecto, una ley puede ser totalmente inconstitucional cuando la totalidad de su contenido dispositivo o normativo es contrario a la Constitución. [...].

[...][L]a ley es parcialmente inconstitucional cuando sólo una fracción de su contenido dispositivo o normativo resulta inconstitucional. En caso de que el vicio parcial recaiga sobre su contenido dispositivo (texto lingüístico del precepto), serán dejadas sin efecto las palabras o frases en que aquel resida. Si el vicio recae en parte de su contenido normativo, es decir, en algunas de las interpretaciones que pueden ser atribuidas al texto del precepto, todo poder público quedará impedido, por virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional, de aplicarlo en dichos sentidos interpretativos⁶⁷².

— *Infracción directa.*

“La infracción directa de la Carta Fundamental por una norma, tiene lugar cuando dicha vulneración queda verificada sin necesidad de apreciar, previamente, la incompatibilidad de la norma enjuiciada con alguna(s) norma(s) legal(es). Se trata de aquellos supuestos en los que el parámetro de control de constitucionalidad, se reduce únicamente a la Norma Fundamental. Así, todos los ejemplos a los que se ha hecho referencia hasta el momento revelan una vulneración directa de la Constitución⁶⁷³.”

— *Infracción indirecta.*

“Por su parte, la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración “indirecta” de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad⁶⁷⁴.”

— *Producción de afectaciones indirectas.*

“[S]e produce una afectación indirecta de la Constitución, ante la presencia de una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:

a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa. [...]

b) La regulación de un contenido materialmente constitucional. Es el caso, por ejemplo, de las leyes que, por mandato de la propia Constitución, se encuentran encargadas de configurar determinados derechos fundamentales.

⁶⁷² STC 00020 y 00021-2005-PI, FJ 24 y 25.

⁶⁷³ STC 00020 y 00021-2005-PI, FJ 26 *in fine*.

⁶⁷⁴ STC 00020 y 000201-2005-PI, FJ 27.

c) La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales. Tal es el caso de la LBD. Normas legales de esta categoría servirán de parámetro cuando se ingrese en la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales incoadas⁶⁷⁵.

j) Inconstitucionalidad de normas conexas.

Respecto a la inconstitucionalidad de normas conexas, el TC ha sentado claramente su posición, deslindando con la regulación de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así, ha destacado que:

“La declaración de la inconstitucionalidad de normas conexas resulta perfectamente admisible en nuestro ordenamiento jurídico. A diferencia de lo establecido por el artículo 38° de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.° 26435, actualmente la declaratoria de inconstitucionalidad no se restringe únicamente a los preceptos derivados de la misma norma cuestionada, que haya sido materia del contradictorio, sino que se extiende a aquellas otras normas que se encuentren ligadas a esta, sea por conexión o consecuencia, aun cuando no hayan sido materia del petitorio⁶⁷⁶.

Dentro de esta misma problemática que genera las sentencias estimativas de inconstitucionalidad, en donde el TC muchas veces extiende su declaratoria de inconstitucionalidad a otras normas que primigeniamente no fueron postuladas, dicho Colegiado se ha pronunciado en torno a las llamadas “normas conexas”. Así, ha señalado que:

“Los supuestos en los que la declaratoria de inconstitucionalidad ha de extenderse a otras normas son, así, dos: conexidad y consecuencia (...) La relación de conexidad entre normas consiste en que el supuesto o la consecuencia de una de ellas es complementada por la otra. O, si se prefiere, desde una perspectiva más general: que el régimen de una materia dispuesto en una norma es complementado, precisado o concretizado por otra. Por su parte, la alusión al concepto “consecuencia” supone una relación de causalidad, donde el contenido de una norma resulta instrumental en relación a otra. La relación de instrumentalidad que una norma tiene respecto a otra supone una relación de medio-fin, en la cual si la que desenvuelve el rol de fin es declarada inconstitucional, por lógica consecuencia, la que desempeña el rol de medio deviene también inconstitucional⁶⁷⁷.

k) Presunción de constitucionalidad de la ley.

“El principio de presunción de constitucionalidad de las normas establece que una ley no será declarada inconstitucional a menos que exista duda razonable sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución. Se trata de una presunción iuris tantum, por lo que, en tanto no se demuestre la abierta inconstitucionalidad de la norma, el juez constitucional estará en la obligación de adoptar una interpretación que la concuerde con el texto constitucional⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ STC 00020 y 00021-2005-PI, FJ 28.

⁶⁷⁶ STC 0018-2005-PI/TC, FJ. 2.

⁶⁷⁷ STC 0045-2004-AI/TC, FJ. 77.

⁶⁷⁸ STC 0020-2003-AI/TC, FJ. 33.

“Determinada la competencia de este Tribunal para resolver la presente causa, se mantiene aún la dificultad de establecer con precisión cuál es el parámetro que servirá para declarar inconstitucional, o no, la Ley N° 28389.

Si, según el artículo 109 de la Constitución,

“(...) la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”,

es posible que el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso de la República pueda fundamentarse, siempre y cuando hayan sido expedidas por un órgano democrático y de acuerdo al procedimiento establecido, en tanto expresión directa del principio político de soberanía popular y del principio jurídico de la soberanía constitucional antes enunciados.

Esta presunción cuenta con un grado superior o reforzado de legitimidad en caso que la ley aprobada sea una de reforma constitucional, siempre que hubiese sido dictada por el poder constituyente instituido del que goza el Congreso nacional, en este caso a través del poder de reforma constitucional establecido en el artículo 206 de la Constitución⁶⁷⁹.

1) Principio in dubio pro legislatore.

“El principio de conservación de las normas y el indubio pro legislatore democrático, demandan que este Colegiado verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe al menos una que lo salve de una declaración de invalidez, en cuyo caso la declaración de inconstitucionalidad no recaerá sobre la disposición, sino sobre la norma inferida de ella, esto es, sobre la interpretación reñida con la Constitución [STC N.° 0010-2001-AI/TC]. Y es que la declaración de inconstitucionalidad, en efecto, es la última ratio a la cual debe apelar este Tribunal cuando no sea posible extraer de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución.

En suma, la interpretación de la ley de conformidad con la Constitución es aquella “que adecua, armoniza la ley a la Constitución (previamente interpretada, se entiende), escogiendo aquella (o sea, la norma) que evita cualquier contradicción entre ley y Constitución. El efecto de semejante interpretación es, obviamente, la de conservar la validez de la ley que, de otra forma, habría sido declarada inconstitucional” [Riccardo Guastini, “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, en Tecla Mazzaresse (A cura di), Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali, Giappichelli editore, Torino, 2002].

Por cierto, la aplicación de esta técnica de interpretación tiene sus límites. Uno de ellos, que se extiende a cualquier otro criterio de interpretación, es el texto expreso de la disposición a interpretar. Sólo cabe realizar una interpretación compatible con la Constitución cuando del enunciado lingüístico, esto es, de la disposición de una fuente formal del derecho, resulte razonable inferir aquel sentido interpretativo constitucionalmente admisible, y no al revés⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 6.

⁶⁸⁰ STC 0017-2003-AI/TC, FJ. 24.

m) Efectos vinculantes de la sentencia de inconstitucionalidad.

“Tal como ha sido previsto en el artículo 201º de la Constitución, el Tribunal Constitucional es su órgano de control. Ello, desde luego, no significa que a este órgano resulte privativa la defensa de la Carta Fundamental, pues, tal como se encuentra reconocido en su artículo 38º, ese es un deber residente en “todos los peruanos”.

Como ha tenido oportunidad de precisarse,

“en el Estado social y democrático de derecho, la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no es una tarea que, de manera exclusiva, le competa a este Tribunal, sino que la comparten, in suo ordine, todos los poderes públicos.” (STC 0006-2003-AI, Fundamento 1).

En tal sentido, el artículo 201º de la Constitución no confiere a este Colegiado una función exclusiva y excluyente, sino “suprema”. No se trata, pues, de que a este Tribunal le haya sido reservada la “única” interpretación de la Constitución. Simplemente, le ha sido reservada la “definitiva”.

De ahí que la independencia que en todo Estado social y democrático de derecho deben gozar los poderes del Estado (vg. la independencia reconocida al Poder Judicial por el artículo 139º3 de la Constitución), no debe ser confundida con la capacidad de someter a la ciudadanía a la más absoluta incertidumbre en relación al contenido vinculante de las normas jurídicas, máxime si se trata de la Norma Fundamental.

El artículo 201º de la Constitución, aunado al derecho fundamental a la igualdad ante la ley (artículo 2º2), una de cuyas manifestaciones es la igualdad “en la aplicación de la ley”, y al principio de seguridad jurídica, que se encuentra implícitamente reconocido en la Constitución (Cfr. STC 0016-2002-AI, Fundamento 5), sitúan al Tribunal Constitucional, en lo que a la interpretación constitucional se refiere, en la cúspide del Poder Jurisdiccional del Estado.

Es por ello que, en una correcta interpretación de concordancia práctica de los derechos y principios constitucionales involucrados, la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, proyectada desde la propia Carta Fundamental, ha sido reconocida a nivel legislativo. En efecto, el artículo 1º de la Ley N.º 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, establece:

“El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de (...) control de la constitucionalidad. (...)”

Por su parte, el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPConst.), dispone:

“Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

Mientras que el artículo 82º del CPConst., dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los procesos de inconstitucionalidad que queden firmes,

“tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”.

En suma, las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos, vinculación que, por sus alcances generales, se despliega hacia toda la ciudadanía. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201º de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1º de la Ley N.º 28301); considera que en el supuesto de que alguna autoridad o persona, pretenda desconocer los efectos vinculantes de esta resolución, resultará de aplicación el artículo 22º del CPConst., en el extremo que dispone que para el cumplimiento de una sentencia el juez podrá hacer uso de multas fijas acumulativas, disposición que es aplicable supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad en virtud del artículo IX del mencionado cuerpo normativo⁶⁸¹.

n) Efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad.

“Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.

Y es que, tal como quedo dicho en el Fundamento 5, supra, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula los efectos de la norma, o lo que es lo mismo, su capacidad reguladora, por lo que, una vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla.

En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82º del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales.

Del mismo modo, los jueces o tribunales que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los medios impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

⁶⁸¹ STC 0020-2005-AI/TC, FF.JJ. 156-159.

Precítese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los dos fundamentos precedentes, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

Una interpretación distinta supondría reconocer que el Estado social y democrático de derecho carece de los instrumentos que permiten garantizar la plena vigencia de los principios en los que se sustenta, así como de los derechos y libertades que está llamado a defender; lo que para este supremo intérprete de la Constitución resulta, a todas luces, inaceptable⁶⁸².

— *Efectos temporales en materia penal.*

“En mérito a la “fuerza de ley” atribuida a las sentencias del Tribunal Constitucional, y a la luz de una interpretación que concuerda el artículo 204º de la Constitución, que establece la función de este Tribunal de dejar sin efecto las leyes que resulten incompatibles con la Norma Fundamental, con el artículo 103º de la Constitución, que establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo, el legislador del Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 83º, que:

“Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103º (...) de la Constitución.(...)”.

Es decir, dicho precepto autoriza a que, en virtud de una sentencia de este Colegiado expedida en los procesos de inconstitucionalidad, se declare la nulidad de resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo.

No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente.

La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación.

De ahí que, como quedó dicho, por ejemplo, las leyes inconstitucionales que conceden algún beneficio para el reo no podrán desplegar tales efectos porque, siendo el control difuso un poder-deber de toda la judicatura (artículo 138º de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación retroactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución.

⁶⁸² STC 0019-2005-AI/TC, FF.JJ. 61-64.

La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos⁶⁸³.

— *Efectos temporales en materia tributaria.*

“El artículo 204° de la Constitución establece que la norma declarada inconstitucional queda sin efecto al día siguiente de la publicación de la sentencia que así la declara. Por su parte, el artículo 74° de la Constitución prescribe que no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de los principios tributarios, disposición que, junto a lo previsto por los artículos 36° y 40° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), permite a este Colegiado, de manera excepcional, modular los efectos de su sentencia en el tiempo, en el caso de normas tributarias.

Así, en materia tributaria, conforme se establece en el segundo párrafo del art. 36° de la LOTIC, “(...) el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo” y resolver “(...) lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia”.

Esta atribución permite al Tribunal Constitucional decidir, en materia tributaria, si los efectos de sus sentencia deben ser a futuro (*ex nunc*) o con carácter retroactivo (*ex tunc*), en cuya deliberación, evaluaciones en torno al coste económico, jurídico y político de su decisión adquieren especial relevancia.

La trascendencia del presente caso, dada la creciente expectativa de los contribuyentes y gobiernos respecto a la cuantificación de los arbitrios municipales, hace necesario que este Tribunal Constitucional delimite los posibles efectos de su decisión y que se obtenga de ella lo más valioso para la sociedad.

El presente es un caso que, circunscrito en los vicios y anomalías a la producción normativa de la Municipalidad de Surco, reproduce una problemática que a nivel nacional aqueja a la mayoría de gobiernos locales y usuarios de los servicios prestados por ellas. Se ha observado a lo largo de los últimos años una notoria falta de tecnicismo para la determinación y distribución de costos por servicios municipales, además de la inobservancia de requisitos de validez de sus ordenanzas; frente a ello, no puede desconocerse tampoco la falta de previsión legislativa para establecer procedimientos de ratificación en tiempo eficaz y acordes a la realidad, así como la falta de reglas claras sobre criterios de distribución de arbitrios.

Afortunadamente, el Decreto Legislativo N.° 952, publicado el 3 de febrero del 2004, que modifica algunos artículos de la Ley de Tributación Municipal, ya ha venido corrigiendo esta situación.

En este escenario, un primer aspecto a considerar es que la declaración de inconstitucionalidad de las Ordenanzas impugnadas con efecto retroactivo (*ex tunc*), involucraría la devolución o compensación de la totalidad de lo recaudado de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario, por tratarse de pagos indebidos. Esta posibilidad –dada la antigüedad de algunas normas impugnadas y la vi-

⁶⁸³ STC 0019-2005-AI/TC, FF.JJ. 51-52.

gencia de sus efectos, situación que se agrava, considerando que es una problemática que se reproduce a nivel nacional -, crearía un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes, a quienes finalmente se busca garantizar.

Las cuantiosas devoluciones que habilitaría un fallo con efectos retroactivos, harían inviable la propia continuidad y mantenimiento de los servicios que hoy en día deben suministrar los municipios, y con ello, la propia gestión municipal. Este, a nuestro juicio, el argumento que impide a este Tribunal hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad con efecto retroactivo.

Y es que, en la valoración, de las consideraciones expuestas, el principio de unidad de la constitución y el de concordancia práctica, nos obliga a buscar un justo equilibrio entre la capacidad de los municipios para seguir gestionando servicios y el respeto a los principios constitucionales para la creación de tributos.

Este tipo de evaluación, en casos de sentencias que anulan tributos, es una consideración que diversos Tribunales y Cortes Constitucionales han tomando en cuenta en varias ocasiones. De ahí que se afirme que: "(...) cuando se dicten sentencias anulatorias de tributos que han estado cobrándose por mucho tiempo, los efectos retroactivos de aquéllas pueden producir serias dislocaciones en las finanzas públicas, pues el Estado o la entidad pública correspondiente se verían obligadas a devolver grandes sumas de dinero ilegítimamente recaudadas. A fin de evitar estos problemas, se utilizan las sentencias anulatorias, pero dimensionando sus efectos hacia futuro (...)" (Hernández Valle, Rubén. "La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales". En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 14. Núm 41. Pág. 240).

Sería irrazonable que, a consecuencia de la decisión de un Tribunal Constitucional, la solución brindada resulte más perjudicial que el hecho de que la norma reputada inconstitucional permanezca en el sistema jurídico.

Otro aspecto adicional, evaluado por este Tribunal, es que aun cuando se hable de cobros indebidos por vicio de nulidad en la producción de normas, ningún ciudadano podría desconocer que lo recaudado fue utilizado para financiar servicios finalmente brindados. La discusión sobre el monto que corresponde a lo debidamente pagado y el que resultó excesivo es algo que únicamente puede ser determinado en cada caso particular; pero ello no es consistente con una política de devolución in toto, cuando en la práctica se generaron costos de administración.

La decisión de no otorgar retroactividad a los efectos de esta sentencia no impide que, con justa razón, se determine dejar sin efecto cualquier cobranza en trámite, así como impedir el inicio de cualquier procedimiento cuya finalidad sea la de ejecutar el cobro de deudas originadas en las normas declaradas inconstitucionales. Con ello, se impide la aplicación de normas inconstitucionales a hechos pasados que no hayan quedado agotados⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ STC 0041-2004-AI/TC, FF.JJ. 70-77.

— *Sobre la “vacatio sententiae” en un proceso de inconstitucionalidad.*

Uno de los efectos en el tiempo de las sentencias estimativas de inconstitucionalidad es la suspensión que el propio órgano jurisdiccional dispone. Así, el TC sobre esta materia ha establecido que:

“Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204 de la Constitución establece que: La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto (...) Más allá de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales o Cortes Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento, constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional de Derecho, pues con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, se tiende a aplazar o suspender los efectos de ésta”⁶⁸⁵.

o) Fuerza vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad frente a la autonomía e independencia de los jueces ordinarios.

[...][En virtud de lo establecido por los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional] los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138° de la Constitución) y a la independencia (artículo 139°, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazarse de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía. Y es que, en un Estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella.

Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos.

⁶⁸⁵ STC 0004-2006-PI/TC, FF.JJ. 173-174.

El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138º de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado, pues tal como se ha señalado anteriormente al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto (...).

De ahí que sea necesario precisar que la incardinación de la independencia del juez, dentro del ordenamiento constitucional, exige entenderla, necesariamente, en conexión con otros principios y bienes que la Constitución tutela; su desconexión con la interpretación de la Constitución que haya realizado el Tribunal Constitucional, por tanto, resultaría claramente inadmisibles y supondría una indudable violación de la supremacía jurídica constitucional. Y ello porque la calificación de última ratio de lo que es o no constitucional radica en el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución”⁶⁸⁶.

“[...] [E]l Tribunal Constitucional debe advertir, tal como lo hizo en la sentencia recaída en el Caso del Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac (Expediente N.º 1042-2002-AA/TC), que la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una “efectiva” tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de derecho no puede existir cuando no es posible lograr la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello, “la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos [...] reacción[ando] frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos”⁶⁸⁷.

p) Ejecución de la sentencia en un proceso de inconstitucionalidad.

“Que, en dicho contexto, en el ámbito de un proceso constitucional de instancia única como es el caso del proceso de inconstitucionalidad, ello supone que es el Tribunal Constitucional a quien corresponde mantener su competencia jurisdiccional a efectos de emitir las órdenes y mandatos, forzosos de ser el caso, a efectos de no ver vaciado de contenido sus decisiones jurisdiccionales y con ello, reducida la fuerza vinculante así como el carácter de cosa juzgada de sus decisiones, en los términos del artículo 204 de la Constitución, así como también del artículo 82 del Código Procesal Constitucional.

⁶⁸⁶ STC 00006-2006-CC, FJ 43 a 47.

⁶⁸⁷ RTC 00922-2002-PA, FJ 4.

Que en tal sentido, no debe olvidarse, por obvio que parezca, que las decisiones de este Colegiado, en tanto órgano jurisdiccional por excelencia, gozan también de los atributos y le asisten las mismas garantías que la Constitución otorga a toda decisión jurisdiccional, máxime si se trata de decisiones sobre la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley. En este sentido, el artículo 139.2 de la Constitución establece como principio de la función jurisdiccional del Estado, la prohibición de que cualquier autoridad se avoque a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional o interfiera en el ejercicio de sus funciones. “Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (resaltado agregado).

Que en esta misma dirección, nuestra jurisprudencia ha sido enfática en señalar que: “Si bien nuestra Carta Fundamental no se refiere en términos de significado a la “efectividad” de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. En este sentido, el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución” (STC 4119-2005-AA/TC, FJ. 64).

En el ámbito de los procesos constitucionales debe entenderse, además, que el principio de ejecutoriedad de las resoluciones judiciales comporta, en una dimensión objetiva y desde una perspectiva institucional, el mantenimiento del principio general de constitucionalidad del sistema jurídico, en tanto se asume que aquello que quedó decidido en una sentencia constitucional sólo puede pasar a formar parte del orden jurídico constitucional si lo prescrito en la parte dispositiva del fallo se cumple en sus propios términos, convirtiéndose de ese modo la forma jurídico-constitucional en realidad fáctica constitucional. Por otro lado, es evidente que ante la renuencia por parte de los poderes públicos de acatar los fallos de este Colegiado, y desprovisto éste de la competencia para compeler al cumplimiento de sus propias decisiones, no existiría poder jurídico capaz de asegurar dichos mandatos, generándose de este modo un mensaje desalentador sobre las posibilidades mismas del modelo de Estado Constitucional de Derecho.

Que, este marco de preocupación por la efectividad de las decisiones jurisdiccionales en materia constitucional, ha sido puesto de manifiesto por el propio legislador democrático, cuando al desarrollar la normativa procesal constitucional contenida en el Código, ha recogido una serie de instituciones que buscan darle el mayor grado de protección posible al cumplimiento de las sentencias constitucionales. Y ello no sólo en referencia a los apremios establecidos en los artículos 22 y 59 del C.P.Const., donde se establecen las multas, la apertura del proceso disciplinario o la eventual destitución del funcionario responsable del incumplimiento, sino en alusión a las figuras de la represión de actos homogéneos y la actuación inmediata de la sentencia de primer grado, recogidas en los artículos 60 y 22 del C.P.Const., respectivamente.

Que a ello se ha sumado una consolidada línea jurisprudencial de este Colegiado, que no sólo ha desarrollado exhaustivamente el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como parte del contenido del derecho a la tutela judicial efec-

tiva, en particular para el caso de las sentencias constitucionales (STC 4119-2005-PA/TC), sino que ha concretizado detalladamente las instituciones procesales destinadas a dar cumplimiento efectivo a lo resuelto en un proceso constitucional. Así, las referidas instituciones de la represión de actos homogéneos y la actuación inmediata de la sentencia han sido objeto de desarrollo jurisprudencial mediante las STCs 0878-2008-PA/TC y 0607-2009-PA/TC, respectivamente. Además de ello, este Tribunal ha habilitado por vía jurisprudencial la interposición de recursos específicos con la finalidad de verificar el cumplimiento efectivo de sus decisiones jurisdiccionales en procesos de tutela de derechos, como es el caso del recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional dispuesto en la RTC 0168-2007-Q; recurso que luego ha ampliado a favor del cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial en procesos de tutela de derechos y que ostenten autoridad de cosa juzgada, a través de la RTC 0201-2007-Q.

En esta perspectiva, lo que hoy hace este Tribunal al resolver el pedido del Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros, asumiendo jurisdicción sobre la fase de ejecución de la sentencia en el proceso de inconstitucionalidad de autos, es dar un paso más en la línea antes expuesta de procurar garantizar, por todos los medios posibles, el cumplimiento efectivo de lo decidido en una sentencia constitucional; cumpliendo, de este modo, el mandato de ser el órgano de control de la Constitución, establecido en el artículo 201 de nuestra Carta Fundamental, y viabilizando el fin último de los procesos constitucionales, tanto orgánicos como de la libertad, que es garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.)⁶⁸⁸.

2. Proceso de acción popular.

Aparte del proceso de inconstitucionalidad nuestro modelo de jurisdicción constitucional cuenta con otro remedio procesal para el control abstracto de las *normas infralegales*; y básicamente nos estamos refiriendo a los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen y que atenten contra el principio de legalidad y de constitucionalidad. Este proceso, como se podrá apreciar, es exclusivo del Poder Judicial y así ha venido formando parte en la evolución de nuestro constitucionalismo histórico; de allí que el Tribunal Constitucional no conoce *sensu strictu* este proceso. Sin embargo, ello no impide que cuando la Sala Civil de alguna Corte Superior conozca una acción popular debe suspender dicho trámite si aprecia que la demanda de acción popular se basa en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal hasta que éste expida resolución definitiva, de acuerdo a lo establecido en los arts. VI segundo párrafo del TP y 80 del C.P.Const.

— *Noción.*

“La acción popular es uno de los procesos constitucionales orgánicos cuya finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía nor-

⁶⁸⁸ RTC 0023-2007-PI/TC, FF.JJ. 4-8.

mativa a la cual puede recurrir cualquier persona dentro de los cinco años posteriores a la publicación de la norma”⁶⁸⁹.

3. Proceso competencial.

a) *Noción.*

La versión original de la Constitución al regular los procesos constitucionales le diseñó el *nomen iuris* de conflicto de competencia o atribuciones (art. 202.3) y así fue desarrollado por la antigua Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; sin embargo, el Código Procesal Constitucional lo identifica en el Título IX simplemente como proceso competencial; es por eso que la primera conceptualización que el TC realiza es la que sigue.

- *Conflicto de competencias o atribuciones.*

“(…) el conflicto de competencias o atribuciones se produce cuando algunos de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro”⁶⁹⁰.

Con la puesta en vigencia del citado Código lo que hace el TC es ya desarrollar aunque en términos lacónicos lo siguiente.

- *Conflicto constitucional de atribuciones.*

“(…) tiene que ver con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales”⁶⁹¹.

- *Conflicto constitucional de competencias.*

“(…) está relacionado con el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales (de acuerdo con los artículos 191°, 192° y 197° de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización)”⁶⁹².

b) *Precisión conceptual del término “competencia”*

Aprovechando los marcos teóricos que suministra la doctrina, el Tribunal Constitucional ha asimilado el concepto de que el conflicto se identifica como un contraste:

⁶⁸⁹ STC 00774-2005-PHC, FJ 6 *in fine*.

⁶⁹⁰ STC 001-95-CC, FJ 2.

⁶⁹¹ STC 006-06-CC, FJ 10.

⁶⁹² STC 006-06-CC, FJ 10.

“(…) ‘entre dos o más órganos surgido al afirmar (o negar) éstos recíprocamente su competencia para actuar sobre una determinada materia y cuya resolución corresponde a un ente superior. (...), el conflicto se define como un tipo de controversia jurídica que se distingue de las demás, tanto por sujetos (son autoridades dotadas de poderes públicos) como por el objeto (que es la competencia para realizar un acto determinado). Aparece así el término ‘conflicto’ unido al concepto de ‘competencia’. El conflicto se presenta en la medida en que ‘Uno de los órganos considera el comportamiento del otro ilegítimo, al violar las reglas competenciales, y lesivo, al invadir la propia esfera de atribuciones’”⁶⁹³.

c) Presupuestos que deben concurrir en un conflicto competencial

“En sentencia anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado que, para que se verifique la presencia de un conflicto de competencias o de atribuciones, debe concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. Así, se ha señalado que el elemento subjetivo implica que los sujetos involucrados en el conflicto cuenten con legitimidad para obrar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado y gobiernos locales o regionales por expresa disposición hoy del art. 109 del Código Procesal Constitucional. Es decir, se trata de un caso de legitimidad especial.

Mientras que, de acuerdo al elemento objetivo, la materia del conflicto debe tener una dimensión constitucional, es decir, deberá tratarse de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Fundamental o, prima facie, de las leyes orgánicas respectivas, quedando, de este modo, fuera de la competencia de este Tribunal cualquier conflicto de materia administrativa o de otra índole, ya sea porque no existe coincidencia de sujetos o porque se advierte falta de materia constitucional. Se reconoce, así, una reserva de jurisdicción constitucional de los conflictos de competencia a favor del Tribunal Constitucional.

En el caso de autos el elemento subjetivo se configura plenamente pues se trata de dos Poderes del Estado cuya legitimación para actuar dentro de un proceso competencial viene reconocida directamente por la Constitución (artículo 200º, inciso 3) y por el artículo 109º del Código Procesal Constitucional, según el cual

‘(...) el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongán: (...) 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí (...)’.

En lo que toca al elemento objetivo, el demandante señala que las atribuciones afectadas por el Poder Judicial son las previstas en los artículos 118º, incisos 1 y 9, y 121º y 128º de la Constitución. Frente a tal aserto, el demandado estima que no existe un conflicto de naturaleza constitucional por dos razones: 1) porque es evidente

⁶⁹³ STC 0003-2007-PCC, FJ 13.

que las atribuciones previstas a favor del Poder Ejecutivo en las disposiciones constitucionales antes mencionadas no precisan ser reconocidas a través de un proceso competencial; 2) porque el supuesto conflicto se daría en virtud a una ley ordinaria y no a una de naturaleza constitucional o ley orgánica.

El Tribunal Constitucional disiente de las afirmaciones del demandado. De primera intención debe recalcar que la jurisprudencia de este Colegiado distingue entre conflicto constitucional de competencias y conflicto constitucional de atribuciones. Así, mientras el primero está relacionado con el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales (de acuerdo con los artículos 191°, 192° y 197° de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización), el segundo tiene que ver con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales.

La comprobación de la presencia del elemento objetivo en el proceso competencial, si bien tiene como punto de partida lo que las partes del proceso señalan, le corresponde al Tribunal Constitucional dada su condición de instancia suprema y única de resolución de los conflictos constitucionales de competencias y de conflictos constitucionales de atribuciones. Por ello si bien el demandante hace mención a las atribuciones del MINCETUR previstas en las Leyes 27153 y 27796, que regulan la explotación de los Juegos de Casino y Máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional aprecia que, en estricto, el conflicto constitucional gira en torno a las atribuciones previstas en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución⁶⁹⁴.

d) Clases de conflicto competencial.

Así como se ha venido reconociendo una serie de modalidades respecto al hábeas corpus, al amparo y al hábeas data, bien cabe explicitar una serie de tipologías de conflictos competenciales cuya descripción conceptual sigue a continuación.

- Conflictos competenciales Atípicos.

“En cuanto a los conflictos competenciales Atípicos, este Tribunal ha tratado, en primer término,

(i) conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales, indicando que “Puede este clasificarse en:

- a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto;
- b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia; y,
- c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión.

En segundo término

(ii) conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ STC 006-2006-PCC, FJ 6 al 11.

⁶⁹⁵ STC 0003-07-CC, FJ 12.

- *Conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto.*

“(…) cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional”⁶⁹⁶.

- *Conflicto constitucional por menoscabo de interferencia.*

“(…) las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro”⁶⁹⁷.

- *Conflicto constitucional por menoscabo de omisión.*

“(…) uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional”⁶⁹⁸.

- *Conflicto constitucional por omisión en cumplimiento de acto obligatorio.*

“(…) que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. En éste no se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro”⁶⁹⁹.

- *Conflicto constitucional positivo.*

“(…) se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional”⁷⁰⁰.

- *Conflicto constitucional negativo.*

“(…) se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional”⁷⁰¹.

⁶⁹⁶ STC 0003-07-CC, FJ 12.

⁶⁹⁷ STC 0006-06-CC, FJ 22.

⁶⁹⁸ STC 0006-06-CC, FJ 22.

⁶⁹⁹ STC 0006-06-CC, FJ 18.

⁷⁰⁰ STC 0006-2006-CC, FJ 17.

⁷⁰¹ STC 0006-2006-CC, FJ 17.

- *Conflictos competenciales típicos.*

“(…) entre los conflictos típicos cabe mencionar los conflictos competenciales positivos y negativos”⁷⁰².

e) Clase de vicio que se discute en el proceso competencial

“El proceso competencial no es un proceso abstracto. Su objeto no es determinar la titularidad de una competencia o atribución con prescindencia de la existencia de una conducta (un acto o una omisión) que en concreto sea el elemento desencadenante del conflicto interórganos. Por ello, el artículo 113º del CPCo., establece que la sentencia emitida en el proceso competencial “[d]etermina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas”.

Para que resulte procedente el control constitucional de un acto de un órgano constitucional en el marco de un proceso por conflicto de competencias o atribuciones, el vicio que en él anida debe ser de carácter competencial, es decir, debe conllevar la afectación de las competencias o atribuciones constitucionales de otro órgano constitucional, sea porque es representativo de una subrogación inconstitucional en el ejercicio de dichas competencias, sea porque llanamente impide o dificulta irrazonablemente su ejecución.

Si la afectación de una competencia es la característica sine qua non del vicio competencial que puede aquejar a un acto de poder, entender cabalmente cuándo se produce dicha afectación requiere introducirse en el concepto de competencia.

Con relación a ello, el Tribunal Constitucional tiene expuesto que “[l]a competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal” [Cfr. RTC 0013-2003-CC, considerando 10.5.]. Dicho poder se manifiesta en el ejercicio de alguna función estatal, sea ésta normar, llevar a cabo o ejecutar un acto administrativo, dirimir conflictos o incertidumbres jurídicas, o controlar. En tal sentido, el vicio competencial susceptible de ser conocido en un proceso competencial se presenta cuando un órgano constitucional se subroga inconstitucionalmente o afecta a otro en el ejercicio de alguna de estas funciones.

Ahora bien, afectar el ejercicio de dichas funciones es algo distinto a controlar su validez sustantiva. Lo primero incide en el ejercicio de la competencia, lo segundo incide en el contenido sustantivo del acto a través del cual se manifiesta. Una mirada detenida en los tipos de invalidez en los que pueden incurrir los actos estatales en el marco de un Estado Constitucional, permitirá clarificar este punto.

⁷⁰² STC 0003-07-CC, FJ 12.

En el ámbito de un Estado Constitucional, para que un acto sea válido, debe cumplir, esencialmente, con tres condiciones formales y con una condición sustantiva. Las condiciones formales son: a) haber sido emitido por el órgano competente (condición de competencia formal); b) haberse circunscrito al ámbito material predeterminado por el sistema jurídico (condición de competencia material); y, c) haberse observado el procedimiento preestablecido para su dictado (condición de procedimiento). La condición sustantiva es que el contenido del acto (lo que ordena, prohíbe o permite), resulte conforme con los derechos, valores y principios sustantivos reconocidos en la Constitución. De ello resulta que un acto puede ser válido desde un punto de vista formal e inválido desde un punto de vista sustantivo, o a la inversa.

Es evidente que las condiciones de competencia formal y las condiciones de competencia material de validez de los actos son, en cierto modo, “dos caras de la misma moneda”: si un acto incurre en un vicio de competencia formal, es porque no debió ser dictado por un concreto órgano, y ello determina que este órgano haya incurrido en un vicio de competencia material al haberse ocupado de una materia reservada a otro.

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto y lo previsto en el artículo 110º del CPCo, puede concluirse que, tratándose de actos de los órganos constitucionales, el proceso competencial tiene como condición necesaria de procedencia la existencia de un vicio competencial en dichos actos, es decir, vinculado con las condiciones de competencia formal y material para su validez constitucional, al tiempo que puede controlarse que no se afecte la ejecución de actos por parte de otros órganos constitucionales en el marco de sus competencias constitucionales formales y materiales.

Ello, desde luego, no impide que adicionalmente pueda emitirse algún juicio contingente relacionado con la validez formal procedimental o con la validez sustantiva del acto controlado. Empero, es su vicio competencial de validez, entendido en los términos antes expuestos, el requisito determinante para la procedencia del proceso competencial.

Cierto es que, en última instancia, desde un punto de vista teórico, todo problema de validez jurídica puede ser reconducido a criterios formales, dejando de lado los criterios sustantivos. Así, por ejemplo, podría afirmarse que una ley ordinaria dictada por el Congreso que viola un derecho fundamental, en definitiva instancia, incurre en un vicio de competencia y no sustantivo, pues no se hablaría de violación, sino de mera modificación o derogación en caso de que la norma hubiese sido dictada por el poder de reforma constitucional conforme al procedimiento preestablecido.

No obstante, esta visión es ajena a la perspectiva de un Estado Constitucional, que cuenta entre sus rasgos esenciales no solo con el reconocimiento al más alto nivel normativo de unos derechos fundamentales cuyo contenido determina la validez sustantiva de toda norma o acto, sino además con el reconocimiento —tal como sucede en el sistema peruano— de que el contenido esencial de dichos derechos fundamentales actúa como límite sustantivo de validez de los actos del propio

poder de reforma constitucional [Cfr. STC 0050-2004-PI / 0051-2004-PI / 0007-2005-PI / 0009-2005-PI, fundamentos 36 a 39].

Pero ello es una cosa, y otra, muy distinta, concluir que la violación del contenido sustantivo de la Constitución (los derechos, valores o principios reconocidos por ella), por parte de un acto estatal que cumple con las condiciones de competencia formal y material para su validez constitucional, pueda ser controlada a través de un proceso competencial. Ello supondría desnaturalizar la naturaleza y finalidad del proceso, previa desvirtuación del tipo de vicio que puede dar mérito a su conocimiento, a saber, el vicio competencial.

Desde luego, con lo dicho no pretende sostenerse que los vicios de validez sustantiva en los que puedan incurrir los actos de poder no puedan ser controlados por la jurisdicción constitucional. Tan solo se sostiene que dicho control, dada la naturaleza y finalidad del proceso competencial, no puede manifestarse en su seno (cuando menos no como núcleo del análisis), debiendo ventilarse en el marco de los procesos constitucionales de control de actos (amparo, hábeas corpus y hábeas data).

§4. Apartamiento del criterio establecido en la STC 0006-2006-CC

Fue una visión excesivamente amplia del tipo de vicio de validez que puede ser conocido en un proceso competencial, la que llevó a este Tribunal, a través de la STC 0006-2006-CC, a conocer el fondo de la demanda de conflicto de atribuciones planteada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo —en representación del Presidente de la República— contra el Poder Judicial. En ese caso, el Tribunal Constitucional estimó la demanda competencial al considerar que el Poder Judicial, al expedir una serie de sentencias estimatorias en procesos de amparo y de cumplimiento, había menoscabado las atribuciones del Poder Ejecutivo al ejercer el control constitucional de normas emitidas por este Poder del Estado. Las sentencias expedidas por el Poder Judicial habían inaplicado normas del Ejecutivo, interpretando determinadas normas sustantivas de la Constitución en contraposición a la interpretación que de tales normas había realizado el Tribunal Constitucional, esto es, apartándose del mandato previsto en los artículos VI y VII del Título Preliminar del CPCo.

Como se aprecia, fue la existencia de un vicio de validez sustantivo y no competencial —en los términos antes expuestos— el que llevó a este Colegiado a estimar dicha demanda. No obstante, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia, el Tribunal Constitucional establece que en ningún caso la alegación de la existencia de un vicio de validez constitucional sustantivo en el acto de un órgano constitucional puede dar lugar a la procedencia de una demanda de conflicto competencial. Por ello, en lo que a esta cuestión respecta, este Colegiado se aparta del criterio sostenido en la STC 0006-2006-CC⁷⁰³.

⁷⁰³ STC 0001-2010-CC/TC, FF.JJ. 5-14.

f) Competencia.

Lo que a continuación sigue, a fin de marcar una claridad del presente trabajo es un desarrollo complementario que el propio TC ha establecido respecto al concepto competencia y que, como se apreciará, si bien no involucra procesalmente al proceso competencial, sí lo vincula sustantivamente al desarrollar categorías como las llamadas competencias exclusivas, compartidas o concurrentes que provienen del modelo ibérico, los ámbitos de la competencia estatal clasificándolo en competencia personal, material, temporal, territorial y procesal; así como las condiciones para la ejecución de la competencia que los órganos estatales tienen asignadas. Veamos *in extenso* estos aspectos medulares que el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado sobre la competencia en nuestro ordenamiento jurídico.

— *Noción.*

“En principio, dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquel hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él.

La competencia deviene en la atribución de autoridad otorgada para generar una manifestación de poder. Su otorgamiento no sólo comprende el ejercicio de disposición, sino también el límite de su uso como potestad. En ese contexto, el Estado, a través de uno de sus órganos u organismos constitucionales puede manifestar válidamente, fruto de una competencia imperativa o discrecional –según lo dispongan la Constitución o las normas del bloque de constitucionalidad–, su voluntad política”⁷⁰⁴.

— *Ámbitos de la competencia estatal.*

“La competencia de los titulares de los órganos u organismos estatales, para realizar actos estatales válidos, se manifiesta en los ámbitos personal, material, temporal, territorial y procesal. Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La competencia personal y el acto estatal constitucional.

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen qué operadores o agentes del poder político se encuentran facultados para realizar un determinado acto a nombre y en representación del Estado.

En puridad, el sistema constitucional hace referencia a ciertos sujetos denominados autoridades para que, operando algún órgano u organismo constitucional, sean protagonistas de ciertas acciones hacia terceros (otras autoridades o gobernados).

b) La competencia material y el acto estatal constitucional.

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen qué tipo de acto estatal puede ser realizado por un determinado agente u operador del poder político. En puridad, la asignación de competencias no se reduce a la

⁷⁰⁴ RTC 00013-2003-CC, párrafo quinto del FJ 10.5.

mención de los sujetos, sino de la conducta que deben verificar en concreto. Es usual que la razón material de la actividad de las autoridades se expresa en alguna o algunas de las funciones estatales (normar, administrar-ejecutar, dirimir conflictos, controlar).

c) La competencia temporal y el acto estatal constitucional.

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el período de validez del acto estatal ejecutado. En estos casos, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino a la órbita de validez de las atribuciones en el tiempo. En principio, la competencia no tiene limitaciones temporales, a menos que la Constitución u otra norma determine que tales atribuciones son categóricamente finitas o accidentales.

d) La competencia territorial y el acto estatal constitucional.

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el marco espacial de validez del acto estatal ejecutado. En virtud de ello, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino que precisa la órbita de validez intraterritorial de las atribuciones conferidas. En consecuencia, dicha competencia puede tener un alcance nacional, regional, departamental o local.

e) La competencia procesal y el acto estatal constitucional.

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen la forma o mecanismo como deberá realizarse el acto estatal. Por consiguiente, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino que, además, establece el íter político-jurídico administrativo que debe seguirse para conservar la constitucionalidad de un acto estatal⁷⁰⁵.

— *Notas condicionantes de la competencia para la realización de los actos estatales.*

“La competencia para realizar actos estatales tiene como notas condicionantes las cuatro siguientes: la indelegabilidad, la taxatividad, la razonabilidad y la proporcionalidad. Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La indelegabilidad. La competencia del acto estatal constitucional -es decir, la competencia para realizar actos estatales- no puede ser objeto de transferencia, cesión o encargo, pues obliga inexcusablemente a que la atribución conferida sea ejercitada directa y exclusivamente por la autoridad titular del órgano u organismo a la que se le ha otorgado. Siendo así, tal atribución deberá ser ejercida por el agente u operador encargado de la conducción de ese ente estatal.

b) La taxatividad. El ejercicio de la competencia constitucional está limitado o reducido a lo expresamente conferido. Esta competencia no puede ser ampliada o extendida en modo alguno. Más aún, las facultades conferidas a las autoridades de los órganos u organismos estatales son objeto de interpretación restrictiva.

⁷⁰⁵ RTC 00013-2003-CC, apartados a) al e) del FJ 10.5.

En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”, ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que “aquello que no está prohibido, está permitido”.

La competencia asignada puede ser reglada o discrecional.

c) *La competencia estatal reglada* es aquella en que la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad predeterminan en forma concreta la conducta que el operador o agente político debe ejecutar, estableciendo expresamente las condiciones, formas y procedimientos que deberán seguirse.

Esta competencia permite al ciudadano conocer de antemano la decisión que habrá de adoptar el Estado, bastándole para ello situar el supuesto de un hecho dentro del marco de la norma, principio o práctica constitucional aplicable.

d) *La competencia estatal discrecional* es aquella en donde la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad enuncian el ejercicio de una facultad política, empero dejan en libertad al operador o agente para elegir el curso del acto estatal; en este caso, el marco constitucional no establece condiciones, recaudos o procedimientos específicos, sino sólo la respectiva asignación de facultades, por lo cual el modo, la oportunidad, conveniencia o inconveniencia de su realización quedan sujetos al criterio político de quien ejerce la competencia. Por este motivo, los actos objeto de esta competencia no son justificables, salvo el caso de que los órganos jurisdiccionales encargados del control y la defensa de la constitucionalidad se pronuncien sobre la existencia, a favor de sí mismas, de una competencia jurisdiccional sobre la materia.

e) *La razonabilidad*. El acto estatal debe encontrar su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que lo generan. En ese sentido, la doctrina exige que exista una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquel.

En consecuencia, la razonabilidad implica una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.

La razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa.

La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida.

Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, busca la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.

f) *La proporcionalidad*. El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que los origina y el efecto buscado. En ese sentido, existe la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquel.

La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y sólo si guardan armonía y *sindéresis* con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal.

En consecuencia, la proporcionalidad aparece cuando la razón del efecto sea deducible de la causa o que sea previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental)⁷⁰⁶.

— *Clases de competencia de los órganos constitucionales.*

“Las competencias de los órganos constitucionales pueden ser:

a) *Competencias exclusivas*: Son materias asignadas en exclusividad a favor de organismos constitucionales. Serán positivas si son susceptibles de ser delegadas o negativas si son privativas del órgano respectivo, es decir, no sólo exclusivas sino también excluyentes.

b) *Competencias compartidas*: Son materias divididas en determinadas áreas de atención, repartiéndose responsabilidades entre dos o más niveles de gobierno, actividad coherente con los principios de cooperación y de tutela y control de los organismos constitucionales autónomos, según se verá luego.

c) *Competencias delegadas*: Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada⁷⁰⁷.

g) *La aplicación del test de competencia en los procesos competenciales*

En los últimos tiempos, el Tribunal Constitucional ha empezado a utilizar el *test de competencia* para evaluar quién tiene la razón en casos de conflictos contra entidades territoriales (municipios). Así, ha señalado:

“Este Colegiado ha definido en materia del Test de Competencia que ‘De conformidad con dicho test, en primer lugar se debe analizar el principio de unidad.

⁷⁰⁶ RTC 00013-2003-CC, FJ 10.6.

⁷⁰⁷ STC 00020 y 000201-2005-PI, FJ 33.

Luego, se debe ingresar propiamente en el análisis del principio de competencia, relacionado con la lista de materias pormenorizada previstas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. (...).

- Principio de Unidad

La Constitución prescribe que '(...) El estado [peruano] es uno e indivisible (...). Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes' (Artículo 43). Respecto al principio de Unidad del Estado, el Tribunal Constitucional ha afirmado que "El Estado de nuestro país es unitario, (...). (...); por más descentralización que exista, el gobierno no puede dejar de ser unitario. (...). Para no dejar dudas al respecto se ha señalado que "el territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación' (subrayado agregado).

Con relación a la descentralización, este Tribunal considera que 'Para (...) entender correctamente el proceso de descentralización, (...), es necesario reconocer que cualquier tipo de análisis que se realice de las autonomías que se les reconoce con el subsecuente reparto de competencias, debe respetar (...), la unidad del Estado peruano como marco que guíe el proceso, (...)' (subrayado agregado)

El artículo 189º de la Norma Fundamental establece que 'El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación.'

Así, el territorio nacional se divide -entre otros- en distritos, y dentro de cada distrito corresponde ejercer gobierno a las municipalidades distritales respetando el ámbito jurisdiccional asignado, y en cada uno de los actos que se realice, debe subyacer el interés de velar por el principio de unidad del Estado"⁷⁰⁸.

⁷⁰⁸ STC 0003-2007-PCC, FJ 47 al 51.

III PARTE

Proceso O Procedimiento Constitucional. La Tutela Jurisdiccional Efectiva

I. Proceso o procedimiento constitucional

1. Nuevos vientos ante los procedimientos Constitucionales

En lo que respecta al llamado Derecho Procesal Constitucional como nueva rama del Derecho, sus antecedentes no son tan remotos, y de hecho hay coincidencia en los doctrinarios en apuntar que se dio con un jurista español afincado en América, de nombre NICETO ALCALÁ-ZAMORA, quien acuñara por primera vez la terminología, pues si bien la jurisdicción constitucional, por lo menos en el sentido del control se dio en Estados Unidos, con ciertos antecedentes en la Gran Bretaña, y del proceso constitucional en sí, en su vertiente Europea a influjos de Kelsen, aunque existiera otro sistema también denominado europeo, pero que cayó en desuso –que es el control político– de mucha influencia en América Latina; pero que hoy se encuentra superado y en la mayoría de los casos se utiliza de un modo armónico el sistema norteamericano y el europeo kelseniano, o sea, el control difuso y el concentrado, lo que hace referencia al órgano encargado del control de constitucionalidad.

Por eso, Niceto Alcalá-Zamora señala que es a Hans Kelsen a quien debemos reputar como fundador de esta rama procesal, o sea, el derecho procesal constitucional, ya que fue él quien teorizó e hizo realidad que una jurisdicción constitucional autónoma funcionara, se instalara y fuera eficiente y eficaz (primero fue Kelsen teórico de la institución y luego juez del Tribunal Constitucional austriaco desde 1921 a 1930). (Belaunde, 2001, p. 10)

2. Evolución del Derecho Procesal y el Derecho Constitucional.

El Derecho Procesal ha nacido como ciencia recién en el siglo XIX, bajo el influjo de la doctrina de los pandectistas alemanes, quienes consideraron la necesidad de una ciencia autónoma, ubicada dentro de la rama del derecho público, superando cualquier discusión sobre si se trata de una rama pública o privada del derecho; aunque esta distinción ya se había dado desde el Derecho Romano, pero como aun no se había separado el derecho procesal del derecho civil común, pues siempre surgía una posibilidad de confusión.

La acción, tema fundamental del derecho procesal, es apartada del derecho material o de fondo, y se desarrolla de un modo autónomo y con características propias, delineándose así una situación en donde la persona tiene un derecho, pero la ejerce en la medida que tenga acción. Así surge esta rama del derecho con características únicas, y que se desarrolla como una corriente publicista. El derecho procesal es muy antiguo, por cuanto que también existía un procedimiento para aplicar las leyes en Roma, pero el estudio científico y delimitamiento como ciencia se dio recién en el siglo XIX.

Los teóricos alemanes (especialmente Bülow, por su importancia en el desarrollo de la ciencia procesal), fueron seguidos por los italianos en el siglo XX, encabezados por Giuseppe Chiovenda y sus continuadores, quienes plantearon la adopción de una teoría general del proceso.

Por su parte el Derecho Constitucional como ciencia, también parte del siglo XIX, pues si bien se puede hablar de que ya en Grecia con Aristóteles se hablaba de una Constitución, y la posibilidad de control de las leyes; la ciencia del Derecho Constitucional recién se tiene su florecimiento en esta época, pues las constituciones escritas recién aparecieron a finales del siglo XVIII. De hecho a partir de esta época se empieza a enseñar el Derecho Constitucional como una ciencia autónoma, y así importantes universidades como las de Oxford, en donde William Blackstone, ya en el año 1758, enseñaba la Constitución y leyes de Inglaterra, sin embargo, la denominación de derecho constitucional aparecería ya un poco más adelante.

Francia, Alemania y España fueron los que iniciaron el proceso de la autonomía del Derecho Constitucional, al establecerse ya en el año 1791 -época muy convulsionada en Francia, donde los cambios constitucionales estaban a la orden del día, comenzando en 1789, 1791, 1793, 1795, luego las constituciones napoleónicas hasta llegar a 1958-, el *droit constitutionnel* se desarrolló en Francia desde el año 1834, a través de la iniciativa de Guizot en la Sorbona, y es aceptada por la Academia Francesa al siguiente año; mismo año en que se empezaba a desarrollar también en España con la inclusión de la materia en los planes de estudio, aunque hay que recordar que el estudio de la Constitución fue un mandato de la Constitución de Cádiz de 1812 (Art. 368), y aunque de breve vigencia, dicha Carta Magna marcó el nacimiento del desarrollo del Derecho Constitucional como disciplina científica autónoma en España.

3. El derecho Procesal Constitucional.

Cuando se habla de jurisdicción constitucional, se parte de la base de que el mismo - debido a que nació con la *Judicial Review* - es propio del sistema anglosajón es decir, el *Common Law*, lo cual implica que no es propio de la tradición romanista a la que adscriben la mayoría de los países occidentales, y aunque se ve una mezcla de ambos sistemas (*common law* y sistema romanista) ha prevalecido el segundo; debido a esto, no se ha podido desarrollar de un modo autónomo la disciplina de la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, y a pesar de ello, hoy se ha dado un renovado brío en el desarrollo de la cuestión en Latinoamérica -propiciado especialmente por el Maestro FIX-ZAMUDIO - y de hecho, ya varios países tienen establecido la jurisdicción especializada constitucional, o lo que ha sido llamado el Derecho Procesal Constitucional, ya que implica un espectro mucho más amplio que la sola *judicial review*, pues se establece un procedimiento especial para todas las garantías establecidas constitucionalmente: "Amparo, Habeas Data, Habeas Corpus y por supuesto la Inconstitucionalidad".

La mayor parte de los antecedentes del -denominado- proceso constitucional, se encuentran en el control de constitucionalidad, que se desarrolló en forma extensa aunque con ciertos altibajos por cuestiones de carácter político-cultural, pero que fueron superadas y dieron origen a lo que hoy conocemos como el Derecho Procesal Constitucional, con sus características y autonomía propias.

Nos encontramos en el comienzo, en el amanecer de una disciplina procesal que promete un florecimiento inusitado, por la trascendencia de sus principios tienen para la salvaguarda de la Constitución, de cuya integridad depende la vida misma de la sociedad y la de sus instituciones más preciadas. (Vide: Ferrer Mac-Gregor (2012), en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Homenaje Paraguayo a Fix-Samudio, p. 1)

Sin embargo, BELAUNDE (Ibíd.), insiste en su posición de que Kelsen, fue solo el propulsor de un tipo especial de Tribunal, que es el constitucional; no le quita el mérito a Kelsen, sin embargo apunta que no pudo hablar de jurisdicción, por el simple hecho de que no era su campo de estudio, por lo que fueron otros -procesalistas- quienes le dieron realmente el molde con el que hoy lo conocemos. Pero también hace la crítica en el sentido de que es una materia en pleno nacimiento, por lo que las confusiones aun abundan y es muy difícil que se puedan establecer diferenciaciones específicas y que no haya discrepancias sobre puntos como el tratado, es decir, a quien se debe el nacimiento de esta ciencia del derecho.

Ya se ha hablado antes de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que es considerado por Belaunde y Sagués como el que primero dio nombre a la ciencia del Derecho Procesal Constitucional; pues bien en el año 1944, publica en Buenos Aires su obra “Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional”, sin embargo luego lo retiró y volvió a publicarlo ampliado en Revista de Derecho Procesal al siguiente año. Este jurista español tuvo estas primeras manifestaciones del proceso constitucional, pero luego no continuó en el mismo, y dejó su legado para que otros pudieran hacer un estudio científico sobre el tema.

4. Modelos o sistemas. Paraguay.

El constitucionalismo liberal decimonónico ideó dos modelos o sistemas: el control por el órgano judicial ordinario, típico del sistema norteamericano, y el control por un órgano político, de raigambre francesa. Este último, llamado también modelo político de Defensa de la Constitución (hoy en desuso y franca retirada), confía el control de la Constitucionalidad a un órgano netamente político que, en la mayoría de los casos, corresponde al Parlamento. Su origen se ubica en la Francia revolucionaria del siglo XVIII, desde donde se extendió a casi todos los países de Latinoamérica durante el siglo XIX (...). (Mesía, 2005, p. 21)

En el sistema jurídico de Paraguay, no se ha desarrollado aun de un modo ordenado el estudio del derecho procesal constitucional o de la sistematización de normas para procedimientos ante la jurisdicción constitucional o para hacer efectiva las garantías constitucionales, pues si bien hay ciertos intentos, el estudio se hace en base a las garantías vigentes y la forma en que las mismas se hacen operativas; garantías constitucionales de defensa de derechos fundamentales: Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data, regulados en una desordenada legislación, e incluso más el procedimiento está legislado por un Código ritual de Derecho privado (Código Procesal Civil); la Corte Suprema de Justicia en su Sala Constitucional y en ocasiones de acuerdo a la necesidad en Pleno en los últimos diez años ha demostrado que constituye un Tribunal Constitucional que interpreta y hace cumplir la Constitución.

Es importante el momento histórico en Paraguay ya que se ha fundado en el mes de setiembre la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional, como asimismo, los Constitucionalistas de marcada trayectoria paraguaya- a quienes no cito para no olvidar alguno de ellos- en los últimos dos años han intensificado sus trabajos de cátedra y académicos con el objetivo de dar mayor difusión a las maneras de instar ante la jurisdicción especializadas los diversos procedimientos de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y Acción de Inconstitucionalidad, demostrando que ya se han dado los primeros pasos para la codificación en un solo cuerpo armónicamente normado.

5. Proceso. Procedimiento Acercamiento real hacia la justicia constitucional

5.1. El proceso

“(…) La palabra proceso es de uso relativamente moderno, pues antes se usaba la de juicio, que tiene su origen en el Derecho Romano y viene de iudicare, declarar el derecho. El término proceso es más amplio, porque comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera sea la causa que los origine, en tanto que juicio supone una controversia, es decir, una especie dentro del género. Por otra parte, este segundo concepto excluye la ejecución forzada, que no requiere una declaración y constituye, sin embargo, uno de los modos de ejercicio de la función jurisdiccional” .

“Para aproximarnos a la idea de proceso -concepto puramente lógico-, es fundamental distinguirlo de procedimiento -concepto netamente jurídico-, siendo éste una realidad formal -adjetiva- y aquél una realidad conceptual -sustantiva-, continente de garantías procesales que posibilitan la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. El proceso no sólo es la especie dentro del género procedimiento, sino también su justificación. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso” .

En otra concepción Lino Enrique Palacios sostiene: “Ningún habitante del país puede ser condenado sin ser oído; se garantiza la defensa de la persona y de los derechos. La facultad del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes es una garantía del Individuo , pues si de ella careciera, si todas las leyes fueran de estructura constitucional, o si el legislador fuera a la vez constituyente, se encontraría inerte para defender su libertad, su propiedad o subida misma frente a la actividad del Estado - legislador . Y esta garantía se integra por el “amparo judicial de los derechos” de los habitantes del país, contra los actos arbitrarios y manifiestamente ilegales de las autoridades públicas, sea contra la libertad , sea contra los demás derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional...” .

El maestro Alvarado Velloso establece: “Si la idea de proceso se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialógico y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia” .

Continúa el Maestro “todo proceso supone la existencia de un procedimiento que se cumple mediante la concatenación de muchos actos realizados por las partes y por el juez. Pero la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la bilateralidad de todas las instancias de las partes” .

Calvinho sostiene: “Para aproximarnos a la idea de proceso -concepto puramente lógico-, es fundamental distinguirlo del procedimiento -concepto netamente jurídico-, siendo este una realidad formal -adjetiva- y aquél una realidad conceptual -sustantiva-, continente de garantías procesales que posibilitan la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. El proceso no sólo es la especie dentro del género procedimiento, sino también su justificación. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso” .

En consecuencia tenemos que el proceso es un método de debate dialéctico, concatenado, mediante la bilateralidad de las instancias las partes, y posee una realidad conceptual, que se compone de las garantías procesales que deben ser respetadas.

5.2. Procedimiento

En la comentada ambivalencia del lenguaje procesal se encuentra una reiterada desorientación conceptual al emplear como sinónimos proceso y procedimiento. Adelantamos que éste constituye una realidad formal —de carácter adjetivo— y aquél una realidad conceptual —sustantiva—.

Es dable considerar al proceso como continente de garantías procesales que posibilitan la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. El proceso encarna la justificación del procedimiento, siendo especie dentro de su género. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento resulta ser un proceso. El procedimiento puede darse en todas las instancias posibles. El proceso sólo en la acción procesal y no en las restantes instancias.

6. Es una acción procesal las pretensiones constitucionales o una instancia procedimental

Para comprender la ubicación de la Teoría General del Proceso y la instancia especializada ante la jurisdicción constitucional, debemos en primer término:

Para comprender el significado de tutela jurisdiccional debemos puntualizar que para la Escuela de Adolfo Alvarado Velloso la actividad jurisdiccional consiste en procesar, eventualmente sentenciar y, también eventualmente, ejecutar lo sentenciado, con la salvaguarda de todas estas funciones, ejercidas por el juzgador, se desarrollan dentro de un debido proceso, con lo cual podemos concluir que “la tutela jurisdiccional efectiva, es la protección que el Estado brinda a los ciudadanos a fin de instar sus derechos y que estos sean atendidos ante la Jurisdicción, en este sentido, también aclaramos que la tutela es jurisdiccional y no judicial ya que la jurisdicción citada se concibe con una persona imparcial que atiende la pretensión, petición o conflicto del pretendiente en el cual la constitución otorga la obligación de atender con imparcialidad la petición de las partes .

Con esta precisión es importante destacar que la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano y a la vez un derecho público y subjetivo, en atención a que son los ciudadanos los sujetos que pueden ejercer este derecho y el Estado el responsable de garantizarlo.

En este entendimiento el acceso a la justicia como derecho fundamental, se aplica transversalmente por medio de la tutela jurisdiccional efectiva como responsabilidad del Estado, en un sistema compuesto de tres elementos: a) la posibilidad de instar ante la autoridad, b) el debido proceso; c) la ejecución de la sentencia.

6.1. La instancia

La mayoría de los tratadistas citados anteriormente, denominan al primer elemento de la tutela jurisdiccional efectiva, como el derecho de acción que posee el ciudadano ante el conflicto intersubjetivo de intereses.

Para Víctor Ticona Postigo, “El derecho a la tutela jurisdiccional —obviamente desde la óptica del proceso civil— es un derecho género que comprende hasta tres categorías de derechos especiales: a) el derecho de acción, que corresponde al demandante...” .

Sostienen que el derecho de acción es el primer elemento de la tutela jurisdiccional efectiva, en atención al momento previo del inicio de un proceso. Entonces, para una gran corriente

de juristas, el acto que realiza el particular antes de iniciar el proceso se encuadra o carátula como el derecho de acción.

En ese sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Español con su Resolución 37/1993 recuerda que la primera nota esencial del derecho a la tutela, que han de cumplir los tribunales, es posibilitar el libre acceso de las partes al proceso; En este orden de ideas puede afirmarse que para que sea viable la obtención de la tutela efectiva de lo órganos judiciales es menester, como primer requisito que se les permita a todas las personas acceder a los mismos, esto es, que su pretensión – demanda , solicitud: o respuesta- sea escuchada.

Analizando sin mucho detenimiento el momento antes del inicio formal del proceso, encontramos el conflicto, que en caso de no llegar a un acuerdo o una solución entre las personas involucrados, pasamos a otro escenario que nos presenta el derecho a peticionar, que reitero, es denominado como derecho de acción, por la doctrina.

Ahora bien, para el presente esfuerzo por comprender la tutela jurisdiccional y el debido proceso, no se considera que el derecho de acción sea el momento previo al proceso, sino el derecho a peticionar puramente, materializado por la instancia. Cuando un ciudadano posee un conflicto con otro y no lo pueden dirimir amistosamente, dan intervención al Estado, que Estado por su parte posee la jurisdicción para el efecto; por tanto, el ciudadano peticona al Estado, el actuar del ciudadano a peticionar es denominado instar.

Esta consecuencia lógica se afirma de conformidad a que Adolfo Alvarado Velloso sostiene que “...la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas – refiriéndose a las normas dinámicas - se le da el nombre de instar, lo que le produce instancias (o derechos de instancia si se le juridiza) ... Así que jurídicamente, se define la instancia como el derecho que tiene una persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano...” .

Estas instancias pueden asumirse por medio de:

- a) la denuncia;
- b) la petición;
- c) el reacercamiento;
- d) la queja, y
- e) la acción procesal .

Ahora bien, solo esta última forma de instar, denominada acción procesal, es la única de las que da inicio a un proceso, teniendo en cuenta que proceso es el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad .

En este orden de ideas, contraria a la corriente doctrinaria mayoritaria que sostiene que la acción es el primer elemento que integra el sistema jurídico de la tutela jurisdiccional efectiva, el presente estudio considera que es el derecho a peticionar por medio de la instancia, y en caso de que el ciudadano inste una acción procesal, da inicio a un proceso, que debe llevarse adelante el debido proceso pasa a ser el segundo elemento, que integra el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva dentro de un gobierno democrático.

6.2. El derecho a instar un procedimiento ante la jurisdicción constitucional

En la línea de análisis, debemos señalar que la tutela jurisdiccional efectiva es el sistema por el cual el estado debe garantizar al ciudadano, el acceso a la instancia, al debido proceso y a la ejecución de las sentencias. La instancia se ejerce por medio de la denuncia, b) la petición; c) el reaceramiento; d) la queja, y e) la acción procesal .

Al delimitar el concepto univoco de proceso dentro de la Teoría General de Proceso identificamos que la acción procesal es única, la cual posee requisitos invariables como ser la existencia de un pretendiente y un resistente, y la presencia de un tercero imparcial. Los elementos citados solo se da en el proceso, en contrapartida tenemos a los procedimientos son especies del proceso o que derivan de él ya que el procedimiento solo precisa un pretendiente y una autoridad que se expida sobre la pretensión.

La Jurisdicción Constitucional al entender ante la pretensión de garantías constitucionales e institutos constitucionales como son: El Habeas Data, Habeas Corpus, El Amparo, la Acción de Inconstitucionalidad, la Declaración de Certeza Constitucional, las Consultas, etc., permite que el ciudadano INSTA el procedimiento de peticionar a la autoridad, el cual se rige por presupuestos procedimentales investidos de impulso inaudita parte, para que el Órgano Constitucional ya sea Tribunal Constitucional o Corte Suprema de Justicia ya sea en Sala o en Pleno, se expida mediante un procedimiento que en algunos casos solicita vista al Ministerio Público, apartándose totalmente de los elementos que componen la Acción procesal y un proceso propiamente dicho.

Por lo cual, reitero mediante la tutela jurisdiccional efectiva, el ciudadano INSTA SU PETICION ante el Órgano Constitucional especializado – jurisdicción especializada-, para que este mediante un procedimiento determinado, dentro de un Código o leyes especializadas, tramite la pretensión y se expida.

Este análisis nos demuestra que el termino Código Procesal Constitucional para definir al cuerpo normativo donde se encuentra reglado los procedimientos de instancia ante el Órgano Constitucional especializado para hacer valer las garantías constitucionales y otras instituciones constitucionales, es equivocado ya que ante esta jurisdicción especializada no se lleva adelante procesos, sino procedimientos; al no identificarse elementos de la acción procesal, sino a la PETICION como instancia.

Por tanto, considero que los Códigos deben denominarse de procedimientos ante la jurisdicción constitucional. Ahora bien, esto no significa ni resta valor a la ciencia que atiende los procedimientos ante órganos especializados en materia constitucional, pero no podemos perder de vista que no podemos hablar de justicia constitucional, si llamamos procesos a procedimientos que por su naturaleza no llevan consigo la imparcialidad y la bilateralidad como principio, ya que sus fines son otros.

7. Conclusión

Resulta trascendente para la consolidación y autonomía de los procedimientos especializados ante la jurisdicción constitucional, a fin de delimitar sus diferencias con el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal, conceptualizar, observar la naturaleza y aplicación de sus institutos.

Dentro de mi corriente de pensamiento Constitucional Garantista, no puedo dejar pasar a la tutela jurisdiccional efectiva como sistema que contiene a la instancia, el debido proceso y la ejecución de las resoluciones judiciales. En este sentido, la instancia se ejerce mediante: a) la denuncia; b) la petición; c) el reaceramiento; d) la queja, y e) la acción procesal .

La petición ante el órgano jurisdiccional especializado para entender la aplicación de las garantías constitucionales y otros institutos, se ejerce mediante procedimientos que no constituyen la acción procesal por no contener sus elementos y naturaleza, no puede ser denominado proceso, ya que proceso es el método de debate dialectico entre dos o más personas en pie de perfecta igualdad ante posiciones antagónicas en presencia de un tercero imparcial, que dirige y juzga las pretensiones.

Al instar una petición de alguna garantía constitucional de conformidad a los procedimientos con que el mismos se sustancia ante la autoridad jurisdiccional especializada, y no teniendo como elementos a la bilateralidad ya que es una pretensión particular ante el estado y no otro particular, ante un órgano especializado (Tribunal Constitucional, Corte Suprema o Magistrado autorizado), nos encontramos ante otra forma de garantizar el acceso a la justicia mediante la tutela jurisdiccional efectiva que no constituye proceso.

Con lo cual a fin de llegar a una autonomía sistémica y de aplicación, sin confusiones, más aun tratándose de mecanismos para el ejercicio de los derechos constitucionales considero importante y preponderante identificar la naturaleza y medios efectivos para el ejercicio de los derechos constitucionales.

II. LA TUELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

I. Los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales.

Para hablar de derechos humanos quisiera recabar algunos conceptos vertidos por el jurista vienés Hans Kelsen , quien nos hace notar – en de sus obras – que en el mundo existen dos elementos; el primero, denominado cosas: que, son susceptible de cuantificación económica, tasación o sujeto a transacción. Uno puede vender a un precio estimado las cosas o puede cambiarlas por algo que tenga igual, mayor o menor valor, conforme a la necesidad.

Por otro lado Kelsen explica, que existe un segundo elemento, al que él denomina dignitas, la cual a diferencia del primero –cosas-, no puede ser susceptible de cuantificación económica ni tasación; tampoco es sujeto a transacción. Esta dignitas, posee todo ser humano y eso lo diferencia como ser viviente ante todo lo que hay en el mundo. La dignitas no puede ser remplazada, no puede ser vendida o cuantificado su valor, como en contrapartida, sí son las cosas.

Debemos aclarar que el término dignitas, para esta explicación hace referencia a la dignidad del ser humano , y esta dignidad. Siguiendo estos parámetros, es considerada como la capacidad abstracta que poseen solamente los seres humanos, y eso mismo constituye su esencia. Tal es esta consideración –esencia del ser humano- que la mayoría de las Constituciones latinoamericanas invocan a Dios y posteriormente -o mejor dicho- inmediatamente después reconocen la dignidad humana, para así asegurar la libertad, la igualdad y la justicia como derecho judicial de toda persona.

El preámbulo de la Constitución de la República del Paraguay –por ejemplo- realiza un análisis filosófico, ubicando al ser humano como el único sujeto de derechos, ya que es el único

ser sobre la tierra con dignidad, por lo cual el ser humano es ubicado jurídicamente como superior a todo ser.

Ahora bien, si seguimos el análisis de Kelsen y la establecida por el Preámbulo de la mayoría de las Constituciones Latinoamericanas, identificamos que reconocen la dignidad humana, y ello motiva la protección de la libertad, la igualdad y la justicia, por tanto, la dignidad humana es fuente generadora de derechos.

Esta dignidad humana como fuente generadora de derecho y propulsora o creadora del mismo y, de ella nacen la diversa gama de derechos humanos existentes, proclamados -para los ius positivistas- y hasta los no declarados -para los ius naturalistas-. La dignidad humana en el Derecho Internacional es protegida por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la individualizamos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros instrumentos internacionales. Tal es la naturaleza generadora de la dignidad humana que los Derechos Fundamentales existentes en la Constitución se forman en torno a ella, protegiendo a los particulares de toda vulneración o violación de derechos, inclusive ante el Estado.

Así las cosas, los doctrinarios sostienen que los derechos son inherentes a nuestra naturaleza, con lo cual podemos desarrollarnos y saciar en armonía nuestras necesidades, pero estas necesidades son variables y encontradas, debiendo el Estado regular su aplicación, sobre todo en la organización, la prevención y la solución de los conflictos.

Con estas apreciaciones, podemos decir que todo es fácil y pacífico en el mundo, y con esta premisa el derecho sería tan limitado como las ideas que he desarrollado, pero felizmente el derecho y, en especial, los derechos humanos no son de sencilla aplicación, ya que todos los seres humanos poseemos estos derechos, y nuestra naturaleza posee dignitas, y al encontrarse en peligro, riesgo o conflicto esta dignitas, el Estado entra a tallar -dentro de la concepción republicana- quien debe reconocerlos, por ende no puede desconocerlos o vulnerarlos, y es más, es el gran responsable de hacerlos valer, aplicarlos y garantizarlos.

La dignidad es consustancial al hombre, es intrínseca a su existencia, pero para poder reconocerlo así, debemos admitir que ello es una construcción racional permitida en este contexto histórico. Esta formulación de la dignidad como elemento esencial de la humanidad no ha sido una verdad permanente en la historia universal, porque nada más basta con recordar los episodios de la inquisición, la esclavitud, y muchísimos otros capítulos de la historia que muestran evidentemente que la materialización del respeto por la dignidad humana viene a ser casi un discurso contemporáneo. Entonces, el fundamento de los derechos humanos no viene a ser solo la dignidad innata a la que se ha hecho referencia, sino que esa concepción debe estar acompañada del establecimiento de las condiciones para que ello se dé, y fundamentalmente, de la conciencia generalizada de que ello debe ser así y siempre respetada.

Ahora bien, esta concepción de elevar a la dignidad humana al grado de creadora de los Derechos Humanos no es una posición antojadiza del Kelsen hoy en día, esta posición es sostenida en las Convenciones Internacionales, como la citamos y para convencer a los ius positivistas la enunciamos en:

- El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando se establece en el primer considerando: "La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad"; y en el quinto considerando del Preámbulo, cuando establece "Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en ...la dignidad y el valor de la persona"; asimismo el artículo establece:

- 11,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho ...al reconocimiento de su dignidad

-La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma, en el Considerando 1º: Los pueblos americanos han dignificado la persona humana...; en el Considerando 2º de la misma Declaración Americana dice que:...los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”.

-En el 2º Considerando de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en sesión del 9 de diciembre de 1975, se afirma explícitamente que los Derechos Humanos: emanan de la dignidad inherente de la persona humana

Ahora bien, por su parte los derechos fundamentales cumplen la función constitucional de generar una conexión entre los derechos que en ella se garantizan y la simple condición de hombre, en la necesidad de su respeto como exigencia directa de la dignidad humana . Los pueblos, mediante sus Constituciones, establecen las funciones del Estado, y los derechos humanos son considerados como Derechos Fundamentales, ya que protegen la dignidad de todo ser humano, al consagrar el derecho a la libertad, la igualdad, el derechos a petionar, el acceso a la Justicia, entre otros. Estos derechos fundamentales citados, operan como marco rector para el relacionamiento entre los particulares, y de estos con el Estado, desde una perspectiva de fuente primaria de tales derechos, pues solo ellos originan directamente su contenido mínimo, que nadie puede ignorar.

Ahora bien, si los derechos humanos son elevados a la categoría de Derechos Fundamentales como fuente originaria en nuestras Constituciones, ¿cómo son aplicados?

Torsten Stein manifiesta: “ En muchos países del planeta las personas se sentirían muy afortunadas si al menos contaran con un catálogo (nacional o internacional) de derechos humanos fundamentales, y traigo a colación sus palabras ya que desde el presente trabajo, el derecho funciona como un sistema y en la Teoría General del Proceso, el sistema nace con un derecho humano elevado al grado de Derecho Fundamental en nuestras Constituciones; ahora bien, desde una posición iusnaturalista los derechos fundamentales trascienden el catálogo de derechos y nos dimensiona a los principios generales. Esta concepción nos revela ya en 1970 en el fallo del -Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea- en el juicio Internationale Handelsgesellschaftl , al sostener que los derechos fundamentales también debe ser protegidos a nivel comunitario:

“El respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho...”

No debemos dejar de ver que en el campo de los derechos fundamentales, la jurisprudencia alemana logró constitucionalizar muchos aspectos del derecho civil...El instrumento más poderoso que se forjó en el Tribunal alemán es la función de derechos fundamentales como valores constitucionales , como lo es el acceso a la justicia, el cual engloba y se aplica transversalmente en todo proceso, como veremos a continuación.

Pues bien, como podemos apreciar la dignidad humana es generadora de derechos, los cuales son denominados derechos humanos, que al ser incorporados a las Constituciones son denominados derechos fundamentales; estos, a su vez, deben ser garantizados en forma obligatoria por el Estado.

2. El acceso a la justicia.

Si históricamente realizaremos un estudio del nacimiento del acceso a la justicia como derecho, podemos remitirnos a los primeros versículos del Deuteronomio; encontramos a Moisés al decir: "...Al mismo tiempo le di a sus jueces las siguientes instrucciones: Atiendan a todos y háganles justicia, tanto a sus compatriotas como a los extranjeros; y al dictar sentencia, no hagan ninguna distinción de personas: atiendan tanto a los humildes como a los poderosos, sin tenerle miedo a nadie, porque el juicio es de Dios...". Esta cita bíblica en nuestros días sería una norma que garantiza el acceso a la justicia.

Asimismo, identificamos el acceso a la justicia en la Carta Magna de 1215, al establecer derechos procesales, así como, en el Congreso Continental, al adoptar en 1776 la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norte América, como también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha intentado delimitar la autoridad del Estado ante los particulares en proceso, consagrándose derechos a fin de brindar garantías humanas a las partes en un proceso, con la finalidad de asegurando la justicia a las personas en conflicto.

En el año 2002, en Cancún, la Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, dando nacimiento a la 100 Reglas de Brasilia, donde se establecen las formas y los reglamentos que los Estados deben respetar para garantizar el acceso a la Justicia.

Desde los primeros intentos por positivizar los derechos a fin de salvaguardar la dignidad humana, hasta las recientes Reglas de Brasilia, la intención siempre fue la de brindar acceso a la justicia como derecho fundamental vinculado en el ámbito de protección a la dignidad humana.

Para Mauro Capelleti y Bryant Garth el acceso a la Justicia es el más importante de los derechos humanos; "... Claro esté que el reconocimiento de la importancia del acceso efectivo a la justicia no tendría sentido si no se proporcionasen los medios legales para que los derechos puedan ser ejercidos prácticamente..." .

Por su parte Héctor Fix Zamudio considera que acceso a la justicia "...es el género que comprende no solo las categorías procesales constitucionales, sino otros instrumentos jurídicos de solución de controversias... ... el concepto genérico nos proporciona una visión más amplia que nos permite analizar los factores sociales, económicos, políticos y culturales que son inseparables de los estudios procesales contemporáneos..." .

A su vez Haydée Birgin sostiene "... El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todos por igual. Cuando otros derechos son violados, constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley..." .

Pero dentro de estas definiciones el acceso a la justicia entonces, puede ser considerado desde varios aspectos diferentes y complementarios ser identificarse como:

- El acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial contando con la representación de un abogado, hecho que resulta fundamental en el camino de convertir un problema en un reclamo de carácter jurídico;
- La disponibilidad de un buen servicio de justicia, es decir, que el sistema brinde la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial;

- La posibilidad de sostener el proceso completo, es decir, que las personas involucradas no se vean obligadas a abandonar una acción judicial a lo largo del proceso por razones ajenas a su voluntad. En este sentido, el sistema debería proveer los recursos e instrumentos necesarios para garantizar esta cobertura, en especial para los sectores y grupos en desventaja económica y social (el 40 % de la población que vive bajo la línea de la pobreza, las mujeres que no puede concurrir a los tribunales porque no tienen con quién dejar a sus niños, las que concurren con ellos a cuestras, las personas con trabajos precarios que pierden el traslado, sea por discapacidades y/o por razones económicas, etc.). Por lo tanto, cuando planteamos la gratuidad para garantizar el acceso a la justicia, no nos referimos solo al beneficio de litigar sin gastos (como las tasas de justicia o las costas de los peritos) sino también a contemplar los gastos de transporte y las pérdidas de jornales implicadas;
- El conocimiento de los derechos, por parte de los ciudadanos y de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y, específicamente, la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo en forma gratuita tanto para casos penales como civiles.

Podemos precisar que el acceso a la justicia tiene un doble significado; en un sentido amplio se entiende como garantía de la igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, los órganos o los poderes del Estado que generan, aplican o interpretan las leyes y regulan normativas de especial impacto en el bienestar social y económico; por otro lado, es considerado dentro de un sistema que garantiza los derechos fundamentales, los cuales son ejercidos por el ciudadano ante un proceso, que se debe desarrollar dentro de los principios y reglas que componen el debido proceso.

Teniendo presente lo antedicho, el acceso a la justicia es considerado como derecho fundamental, ya que el mismo implica, la posibilidad de una tutela jurisdiccional efectiva, resultando este el instrumento jurídico que vuelve operativo el acceso a la justicia, que solo puede cumplir su finalidad en un gobierno democrático, con la tutela jurisdiccional efectiva que así encuentra estructurado: a) la posibilidad de que todo ciudadano pueda instar ante la autoridad, al encontrarse ante un conflicto intersubjetivo de intereses, b) acceder a un debido proceso con la finalidad de obtener una solución a su conflicto por medio de una sentencia, que deberá ser y c) ejecutada.

El acceso a la justicia no solo se brinda al posibilitar la instancia o acceder a tribunales o a una acción procesal gratuita, con defensores gratuitos; el acceso a la justicia implica, además, un proceso normado ante jueces imparciales y con el principio de igualdad como regla, asimismo implica la obtención de una sentencia en un plazo razonable y el cumplimiento de la disposición judicial, lo cual solo se concibe con una aplicación y respeto al sistema de la tutela jurisdiccional efectiva.

3. Tutela jurisdiccional efectiva

La historia nos remonta a la autotutela del derecho, donde el más fuerte hace valer sus razones ante el más débil, dando con el correr del tiempo nacimiento a la función jurisdiccional que ha evolucionado encontrándonos hoy con la llamada tutela jurisdiccional efectiva. Esta se manifiesta interviniendo el Estado por medio de los Jueces, con la función de ser un tercero imparcial en los conflictos intersubjetivos de intereses, dirigiendo un proceso y eventualmente una sentenciando.

Al buscar sus orígenes encontramos en la obra de Víctor Ticona Postigo que la tutela jurisdiccional se ha positivizado en la Constitución Italiana de 1947 en su Artículo 24 , posteriormente la encontramos en la Ley Fundamental de Bonn (Alemania) en 1949 en su artículo 19.4 , y en la Constitución Española de 1978 en su artículo 24 . Hoy en día también esta tutela se contempla en la Declaración Universal de Derechos Humanos Art. 10, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 14 y la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 inc.1.

Ahora bien, esta tutela jurisdiccional efectiva para este material se aplica al garantizar el acceso a instar ante la jurisdicción, con un debido proceso y garantizando la ejecución de las resoluciones judiciales que de la jurisdicción emanen.

Muchos doctrinarios tienen posturas contrapuestas sobre el momento en que se aplica la tutela jurisdiccional. Para Germán Bidart Campos opera en dos momentos: la primera es una etapa previa al proceso, y la segunda, es una etapa durante el proceso , en esta línea, para Víctor Ticona Postigo “... el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho público, subjetivo y abstracto que tiene toda persona, sea actor o emplazado, que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento, imparcial y justo, ante un juez competente, independiente y responsable, con el fin de que en un plazo razonable y en forma motivada se pronuncie sobre las pretensiones y medios de defensa propuestos oportunamente y, en su caso, se dé plena eficacia la sentencia...”

Sostiene también “el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho genérico que, a su vez comprende tres derechos fundamentales específicos: de acción, de contradicción o defensa en general, y derecho al debido proceso...”

En esta misma línea Jesús González Pérez consigna: “...El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone que toda pretensión que se deduce frente a otro debe ser atendida por órganos jurisdiccionales que goce de independencia y decidan con imparcialidad.”

Para Giovanni Priori Posada, “...el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derechos de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, que debe tener vigencia en el ámbito de la realidad...”

Para comprender el significado de tutela jurisdiccional debemos puntualizar que para la Escuela de Adolfo Alvarado Velloso la actividad jurisdiccional consiste en procesar, - eventualmente sentenciar y, también eventualmente, ejecutar lo sentenciado- , con la salvaguarda de todas estas funciones, ejercidas por el juzgador, se desarrollan dentro de un debido proceso, con lo cual podemos concluir que “la tutela jurisdiccional efectiva, es la protección que el Estado brinda a los ciudadanos a fin de instar sus derechos y que estos sean atendidos por el Juez, en este sentido, también aclaramos que la tutela es jurisdiccional y no judicial ya que la jurisdicción citada se concibe con una persona imparcial que atiende la pretensión, petición o conflicto del pretendiente en el cual la constitución otorga la obligación de atender con imparcialidad la petición de las partes.

Con esta precisión es importante destacar que la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano y a la vez un derecho público y subjetivo, en atención a que son los ciudadanos los sujetos que pueden ejercer este derecho y el Estado el responsable de garantizarlo.

Ya lo decía en su obra “Las Garantías Constitucionales del proceso” Joan Picó Junio, citando la jurisprudencia del TC español:

“... Se trata de un derecho prestacional de configuración legal. El derecho a la tutela judicial efectiva, y en concreto el acceso al proceso, no es un derecho de libertad, esto es, ejercible sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, por lo que solo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece, o dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal. Por ello, no cabe deducir la existencia de un derecho incondicionado absoluto a la prestación jurisdiccional; de igual modo, este derecho no podrá ejercitarse (sic) al margen de los cauces del proceso...”

No obstante, al redondear el concepto, atendiendo a lo antes dicho, y entendiendo la tutela jurisdiccional como un sistema jurídico, para el presente trabajo la tutela jurisdiccional efectiva es denominada como, el sistema jurídico en un gobierno democrático y republicano, por el cual se garantiza el acceso a la justicia como derecho fundamental, permitiendo la posibilidad a todo ciudadano a instar ante la autoridad, debiendo ser atendida su pretensión con el respeto del debido proceso y garantizando la ejecución de la sentencia eventualmente recaída.

“La tutela jurisdiccional efectiva no es un derecho meramente procesal y en tal sentido se ha enfatizado el carácter de derecho fundamental al derecho jurisdiccional.

La tutela jurisdiccional es un derecho constitucional, derecho fundamental, derecho humano (y no un mero derecho procesal), que en un proceso le corresponde al que pretende (actor, demandante, etc). Se hace efectivo el otorgamiento de la tutela jurisdiccional cuando el Estado resuelve un conflicto de intereses a través del proceso; esta decisión debe ser el resultado de la concesión de garantías mínimas para las partes. Consideramos que al momento de resolver el conflicto de intereses y dar la oportunidad para la ejecución de la resolución final, es cuando el Estado convierte esta tutela en efectiva...” .

En este entendimiento el acceso a la justicia como derecho fundamental, se aplica transversalmente por medio de la tutela jurisdiccional efectiva como responsabilidad del Estado, en un sistema compuesto de tres elementos: a) la posibilidad de instar ante la autoridad, b) el debido proceso; c) la ejecución de la sentencia.

Este sistema jurídico, -que concuerda con la concepción de Italo Andollina quien ya se había referido a la tutela jurisdiccional como sistema , concordando con la posición de Omar Benaventos en un análisis del proceso dinámico de Briseño Sierra-, que garantiza el acceso a la justicia como derecho fundamental, con la denominación de tutela jurisdiccional efectiva compuesta de tres elementos, que desarrollamos a continuación.

3.1. La instancia.

La mayoría de los tratadistas citados precedentemente, denominan al primer elemento de la tutela jurisdiccional efectiva, como el derecho de acción que posee el ciudadano ante el conflicto intersubjetivo de intereses.

Para Víctor Ticona Postigo, “El derecho a la tutela jurisdiccional -obviamente desde la óptica del proceso civil- es un derecho género que comprende hasta tres categorías de derechos especiales: a) el derecho de acción, que corresponde al demandante...” .

Sostienen que el derecho de acción es el primer elemento de la tutela jurisdiccional efectiva, en atención al momento previo del inicio de un proceso. Entonces, para una gran corriente de juristas, el acto que realiza el particular antes de iniciar el proceso se encuadra o carátula como el derecho de acción.

En ese sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Español con su Resolución 37/1993 recuerda que la primera nota esencial del derecho a la tutela, que han de cumplir los tribunales, es posibilitar el libre acceso de las partes al proceso; En este orden de ideas puede afirmarse que para que sea viable la obtención de la tutela efectiva de los órganos judiciales es menester, como primer requisito que se les permita a todas las personas acceder a los mismos, esto es, que su pretensión – demanda, solicitud: o respuesta- sea escuchada.

Analizando sin mucho detenimiento el momento antes del inicio formal del proceso, encontramos el conflicto, que en caso de no llegar a un acuerdo o una solución entre las personas involucradas, pasamos a otro escenario que nos presenta el derecho a peticionar, que reitero, es denominado como derecho de acción, por la doctrina.

Ahora bien, para el presente esfuerzo por comprender la autotutela jurisdiccional y el debido proceso, no se considera que el derecho de acción sea el momento previo al proceso, sino el derecho a peticionar puramente, materializado por la instancia. Cuando un ciudadano posee un conflicto con otro y no lo pueden dirimir amistosamente, dan intervención al Estado, que Estado por su parte posee la jurisdicción para el efecto; por tanto, el ciudadano peticona al Estado, el actuar del ciudadano a peticionar es denominado instar.

Esta consecuencia lógica se afirma de conformidad a que Adolfo Alvarado Velloso sostiene que “...la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas – refiriéndose a las normas dinámicas - se le da el nombre de instar, lo que le produce instancias (o derechos de instancia si se le juridiza) ... Así que jurídicamente, se define la instancia como el derecho que tiene una persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano...” .

Estas instancias pueden asumirse por medio de:

- a) la denuncia;
- b) la petición;
- c) el reacercamiento;
- d) la queja, y
- e) la acción procesal .

Ahora bien, solo esta última forma de instar, denominada acción procesal, es la única de las que da inicio a un proceso, teniendo en cuenta que proceso es el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad .

En este orden de ideas, contraria a la corriente doctrinaria mayoritaria que sostiene que la acción es el primer elemento que integra el sistema jurídico de la tutela jurisdiccional efectiva, el presente estudio considera que es el derecho a peticionar por medio de la instancia, y en caso de que el ciudadano inste una acción procesal, da inicio a un proceso, que debe llevarse adelante el debido proceso pasa a ser el segundo elemento, que integra el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva dentro de un gobierno democrático.

3.2. El debido proceso

Como la primera aproximación a la idea de debido proceso en la historia del derecho positivo podemos citar la Carta Magna de Inglaterra de 1215, denominada *The Great Charter of the liberties of England* (El gran documento de la Libertades de Inglaterra), en el cual conminaba al Estado entre otras cosas, a no condenar sin ley previa.

Posteriormente, otro avance normativo donde se identifica la existencia del debido proceso, es en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Ellos realizada en 1791, así también la XIV Enmienda de 1868 son los propulsores constitucionales y normativos más conocidos que han dado un inicio histórico jurídico al debido proceso.

Desde este inicio histórico normativo, hasta nuestros días, lo conocido como debido proceso ha recibido diversos calificativos, algunos los denominan como principios o garantías, otros los llaman reglas. Los tribunales por su parte utilizan el término debido proceso para justificar lo que no pueden justiciar en algunas ocasiones, y en otras, califican como debido proceso cuando un derecho se ha vulnerado, o para justificar una sentencia que no saben cómo anularla, argumentando simplemente que se ha violentado el debido proceso.

Para un análisis -o más bien una comprensión-, del tema, debemos precisar qué reza la Quinta y la Decimocuarta Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica; La Quinta Enmienda dispone: "...Nadie será obligado a responder por un delito castigado con la pena capital u otra de carácter infamante, sino en virtud de presentación o acusación formulada por un gran jurado, excepto en los casos en que se susciten en las fuerzas terrestres o navales, o en las milicias, durante el servicio efectivo en tiempo de guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a nadie dos veces por el mismo delito a la posibilidad de pena capital o de castigo físico; ni será forzado a declarar contra sí mismo en ninguna causa penal; ni se le privará de la vida, la libertad o los bienes, sin debido proceso legal; ni se expropiará la propiedad privada para uso público, sin una compensación justa..." .

Por su parte la Enmienda Decimocuarta de 1868 de la carta Magna Norteamericana establece en su sección I: "Toda las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanas de los Estados Unidos y del Estado donde residan. Ningún Estado dictará o aplicara leyes que restrinjan los privilegios o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procesal legal; ni denegará a nadie dentro de su jurisdicción, la protección, la protección igualitaria de las leyes..." .

La Corte Suprema de los Estado Unidos en el año 1856, tuvo su primera misión en desentrañar el significado de la Quinta Enmiendas en lo referente al debido proceso, estableciendo que se empleará dicho término a fin de asegurar los derechos a la vida, la libertad, al patrimonio dentro de un proceso . Posterior a esta decisión se originaron los infinitos debates en torno al debido proceso. En el presente ensayo solo hacemos hincapié al debido proceso dentro del proceso y no su estudio desde el análisis sustantivo.

Asimismo, la Corte Norteamericana en el caso *Hurtado c. California* (1980) estableció que no todos los derechos procesales del Common Law eran lo suficientemente fundamentales para calificar como requisitos del debido proceso , para posteriormente calificar que el debido proceso es un procedimiento fundamentalmente justo en el caso *Durcan v. Louisiana* (1968).

El concepto de debido proceso quizás sea el mayor logro jurídico obtenido por la civilización moderna. Mucho se ha escrito acerca de qué es el mismo y todos los textos constitucionales modernos lo reconocen, aunque con diferentes nomenclaturas, lo que no significa que todos entiendan lo mismo por tal reconocido derecho fundamental.

En este sentido Alfredo Gozaíni sostiene “El adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el debido proceso” .

“En resumen, se coincide que el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados: a) El del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) La creación del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal-; y c) El desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución” .

Al referirse al debido proceso como elemento de la tutela jurisdiccional efectiva el Tribunal Constitucional Español, asumiendo que el art 24 de la Constitución Española proclama que la tutela judicial de forma imperativa ha de ser efectiva, ha confeccionado una elaboradísima doctrina sobre la manera en que ha de discurrir el iter del procedimiento para el logro de dicha resolución final y cuáles han de ser los mínimos a los que ha de responder .De lo que en definitiva se trata es de verificar un análisis desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva de las normas que disciplinan los diferentes actos y fases procesales con el propósito de garantizar al justiciable que ha sido tratado de manera justa o equitativa, para ser destinatario de una respuesta acertada y acorde con el Derecho.

Para recabar el significado del debido proceso debemos preguntarnos ¿Qué es un proceso?.

“(…) La palabra proceso es de uso relativamente moderno, pues antes se usaba la de juicio, que tiene su origen en el Derecho Romano y viene de iudicare, declarar el derecho. El término proceso es más amplio, porque comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera sea la causa que los origine, en tanto que juicio supone una controversia, es decir, una especie dentro del género. Por otra parte, este segundo concepto excluye la ejecución forzada, que no requiere una declaración y constituye, sin embargo, uno de los modos de ejercicio de la función jurisdiccional” .

“Para aproximarnos a la idea de proceso -concepto puramente lógico-, es fundamental distinguirlo de procedimiento -concepto netamente jurídico-, siendo éste una realidad formal -adjetiva- y aquél una realidad conceptual -sustantiva-, continente de garantías procesales que posibilitan la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. El proceso no sólo es la especie dentro del género procedimiento, sino también su justificación. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso” .

En otra concepción Lino Enrique Palacios sostiene: “Ningún habitante del país puede ser condenado sin ser oído; se garantiza la defensa de la persona y de los derechos. La facultad del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes es una garantía del Individuo, pues si de ella careciera, si todas las leyes fueran de estructura constitucional, o si el legislador fuera a la vez constituyente, se encontraría inerte para defender su libertad, su propiedad o subida misma frente a la actividad del Estado – legislador. Y esta garantía se integra por el “amparo judicial de los derechos” de los habitantes del país, contra los actos arbitrarios y manifiestamente ilegales de las autoridades públicas, sea contra la libertad, sea contra los demás derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional...”.

El maestro Alvarado Velloso establece: “Si la idea de proceso se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialógico y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia”.

Continúa el Maestro “todo proceso supone la existencia de un procedimiento que se cumple mediante la concatenación de muchos actos realizados por las partes y por el juez. Pero la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la bilateralidad de todas las instancias de las partes”.

Calvinho sostiene: “Para aproximarnos a la idea de proceso -concepto puramente lógico-, es fundamental distinguirlo del procedimiento -concepto netamente jurídico-, siendo este una realidad formal -adjetiva- y aquél una realidad conceptual -sustantiva-, continente de garantías procesales que posibilitan la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. El proceso no sólo es la especie dentro del género procedimiento, sino también su justificación. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso”.

En consecuencia tenemos que proceso su un método de debate dialéctico, concatenado, mediante la bilateralidad de las instancias las partes, y posee una realidad conceptual, que se compone de las garantías procesales que deben ser respetadas.

Ahora bien, al tener la definición de proceso podemos desentrañar la denominación de debido proceso de dos formas o desde dos perspectivas: la primera; desde su denominación textual, y la segunda, desde su conceptualización como elemento de la tutela jurisdiccional efectiva, que garantiza el acceso a la justicia como derecho fundamental.

Al realizar el análisis desde la primera; deberíamos sostener que la doctrina del debido proceso hace alusión al respeto del proceso, ya que el término debido es un adverbio que indica cumplimiento irrestricto o respeto del proceso. Con lo cual el debido proceso sería el proceso, o cumplimiento del proceso.

Desde el segundo análisis, que es objeto del presente trabajo, el debido proceso puede ser considerado de diversas formas, así, por ejemplo, para Iñaki Esparza Léibar al argumentar mediante la Jurisprudencia Española: “en la STC 106/1989 de 8 de junio en cuyo F.J. 2º se define al proceso debido como aquella garantía institucional integrada por los elementos que componen el artículo 24.2 CE (también entre otras, STC 78/1992, del 25 de mayo, F.J. 2º). Según esta primera hipótesis estricta, el proceso debido sería uno de los elementos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, concretamente aquella parte referida al proceso, a su tramitación a las garantías que deben ser observadas a lo largo del periodo comprendido entre la litispendencia y

la consecución de una resolución definitiva, no abarcaría ni el acceso a tribunales, derecho de acción, ni alcanzaría la impugnación, así como tampoco la ejecución de las resoluciones recaídas en el proceso...” .

Adolfo Alvarado por su parte sostiene: “El debido proceso es entonces el derecho a la justicia mediante un procedimiento que no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional. Así lo exige nuestro principio constitucional de "afianzar la justicia" consagrado en el Preámbulo. Por lo que el principio cardinal en todo procedimiento a través del cual se haya de ejercer el poder sobre un individuo, es el del debido proceso o procedimiento legal justo.

Por su parte, los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances del debido proceso constitucional como representante del derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva” .

“Es, con adaptaciones, la línea argumental que expone en el trabajo abajo citado, Augusto Mario Morello, posicionando etapas que comienzan en el debido proceso legal arraigado en el cumplimiento estricto de la ley; siguiendo con las exigencias propias del derecho de defensa; continuando en una etapa más avanzada, o debido proceso constitucional, y llegando a este último tramo donde se suma la protección nacional más la supranacional, recortando un paisaje prometedor que exige de los Estados plena acatamiento y respeto, bajo el principio que sin garantías efectivas, no hay derechos” .

Sin descuidar las posiciones doctrinales citadas debemos resaltar la inexistencia de una definición positiva del Instituto del debido proceso y a este respecto Alfredo Gozaíni afirma: “el “debido proceso”, como tal, no está ni en las leyes ni se define en las Constituciones. Y hasta fue lógico que no estuviera, porque si en Europa el denominado sistema de la desconfianza le ha privado a los jueces la posibilidad de interpretar la ley y darle armonía con el contexto donde aplicarla, pensando que solamente los Tribunales Constitucionales pueden llevar a cabo esa tarea; con esa prevención, precisamente, la noción de proceso debido se constituye más como un refuerzo a la mentada desconfianza, evitando que la discreción judicial se torne irrazonable o arbitraria. De este modo, los códigos procesales de la época limitaron absolutamente el rol del Juez en el proceso, elevando por encima de todos los demás principios, al dispositivo según el cual, el proceso es cosa de partes y solo estas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto. Son los litigantes quienes deben respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el Juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas. Recuérdese que nuestro modelo instrumental fue tomado con estas características, y en consecuencia, debe quedar impresa en la memoria esta conclusión primera: El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto” .

Ante esta y otras posiciones que me limito a transcribir, considero que para el presente trabajo, de conformidad a su naturaleza, el debido proceso es uno de los elementos que compone el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva; por lo tanto es el conjunto de principios , y reglas que rigen todo el proceso , hasta una eventual sentencia con el fin de posibilitar un verda-

dero acceso a la justicia. Si en algún proceso se vulneran los principios, las reglas, inmediatamente se transforma en un proceso arbitrario, irrumpe su dirección, en consecuencia el final del mismo no será el correcto, la sentencia no tendrá validez por no ser producto o resultado de un proceso.

Para dotar de mayor claridad el esfuerzo por desentrañar el significado de debido proceso, debemos establecer cuáles son los principios que taxativamente deben regir a todo proceso, para así determinar su diferencia ante las reglas.

3.2.1. Los principios del proceso

Existen criterios doctrinales de clasificación de las normas, entre los que los más conocidos son los propuestos por Hans Kelsen y por Herbert L. A. Hart.

Así, Kelsen -como es sabido-, distingue entre normas primarias y normas secundarias; las secundarias estipulan la conducta que el orden jurídico trata de provocar bajo la amenaza de la sanción, en tanto que las primarias son las que determinan esta sanción. Ciertamente, se puede afirmar que las normas jurídicas contienen dos expresiones del “deber ser”: una que tiende a lograr que cierto individuo observe la conducta debida, y otra según la cual un segundo individuo debe ejecutar una sanción, en el caso de que la primera norma sea incumplida .

Para Hart, por su parte, el Derecho puede ser caracterizado como un conjunto de dos tipos de normas: normas primarias que imponen una obligación a sus destinatarios y normas secundarias, que son las que especifican la manera en que las normas primarias pueden ser creadas, eliminadas o modificadas y cómo se puede verificar su cumplimiento, así como la respuesta que hay que dar en caso de incumplimiento (normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación) .

Ahora bien, junto a estas clasificaciones de las normas, existe otra que las divide en principios y reglas:

En la mayoría de los Códigos de Procedimientos vigentes, así como numerosos de libros y posiciones doctrinales, encontramos los derechos a la libertad, a la igualdad, la concentración, economía procesal, eventualidad bilateralidad, libertad probatoria, preclusión entre otros, bajo la denominación de principios del proceso. Para otro grupo mucho de los citados derechos constituyen reglas.

¿Cuál es la diferencia existente entre principios y reglas?

Esta pregunta se ha hecho también Zagrebelsky y respondió. En primer lugar, solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto “tratamiento” que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las

palabras. Las fórmulas “de principio” son a menudo expresiones un tanto banales “producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano”, pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendida en su ethos. En pocas palabras, a las reglas “se obedece” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión” .

En una apreciación muy difusa y contraria a la posición que adoptamos el Profesor Lino Enrique Palacios sostiene: “...Denominase Principio procesales a las directivas u Orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal. Aunque muchos otros de estos principios son comunes a la legislación procesal moderna, el principio de uno u otro responde a las circunstancias históricas, políticas y sociales que caracterizan al estado cuyo Estado legal se examine. El tema sin embargo no se presta a generalizaciones ni a encuadramientos rigurosos, por que dentro de estructuras políticas afines el alcance de ciertos principios virtualmente derivados de aquellas acusa variantes, a veces significativas entre los distintos países cuyos ordenamientos se analizan. Es que los principios procesales, en la medida que se extraen de un determinado contexto normativo, expresan valoraciones de la respectiva comunidad y deben interpretarse por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar que han de aplicarse.

En su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Dificilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer en mayor o menor medida, un principio distinto, y aun opuesto...” Para Dworkin un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, de hecho, la existencia de los mismos es una de las vías para la introducción de la moral en el Derecho –constituyendo éste, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para rechazar la separación conceptual entre Derecho y moral– .

Alexy, por su parte, señala que la distinción entre reglas y principios es vital para la teoría de los derechos fundamentales, pues sin ella no puede existir una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico .

Ahora bien, Adolfo Alvarado Velloso al referirse a los principios proclama: “La doctrina generalizada acepta que se entiende por principios procesales las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado” .

“[el] principio: se trata de un punto de partida. Pero así como nadie puede caminar hacia ninguna parte (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etc.), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama causa eficiente y causa fin). Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio, formular los principios necesarios para lograrlo implica tanto como tra-

zar las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema” .

Como podemos puntualizar de las citas que anteceden, para que el acceso a la justicia como derecho fundamental sea aplicado en un gobierno democrático y republicano desde el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva, por medio del debido proceso; éste debe desarrollarse desde dos principios que son transversales; el de igualdad y el de independencia; todos los demás deben ser considerados reglas.

a) El derecho a la igualdad como principio procesal

Para el maestro Alvarado Velloso: “En el campo del proceso, igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes (más aún: el juez tiene el deber de adoptar todas las medidas que estime conducentes al mantenimiento de la igualdad entre las partes, art. 15, f)”

“Principio de igualdad de las partes: Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad. Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el derecho a la igualdad ante la ley (CN, 46 y 47), prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etc., y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad; el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etc.” .

Si analizáramos la igualdad como equiparación y la igualdad como diferenciación obligaría a estudiar, en un primer momento, el concepto de igualdad desde el punto de vista de su capacidad de prescribir -bajo un enfoque ético- una característica común entre los seres humanos; y con base en ello tratar de entender o resolver los problemas que surgen cuando la igualdad se convierte en valor vinculado a la existencia del ser humano, y al concepto de ideal social a alcanzar, entendido como las condiciones de orden que permitan al ser humano obtener su bienestar. Para ello debemos tener presente la relación entre igualdad y justicia e igualdad y libertad.

La igualdad en su sentido moral o ético es un hecho fundamental de la condición humana, pues todos los seres humanos poseemos en principio la misma dignidad por el hecho de existir. Según lo consideró Kant, moralidad significa un reconocimiento del otro como igual, como igualmente digno.

Para Bobbio, el valor de la igualdad no se distingue del de la justicia, al punto que con frecuencia los términos libertad y justicia se usa como equivalentes. Ambos conceptos tienen en común la noción de orden, equilibrio, armonía de las partes en un todo. Entonces, si cada quien tiene el lugar que le corresponde y se mantiene en equilibrio a través de normas respetadas para ello, encontramos que hay una manifestación de la justicia como legalidad igualitaria. Además, el fin último que pretende la justicia debe ser lograr el pleno desarrollo de la individualidad que solo se obtiene en libertad, porque los seres humanos como entes racionales son capaces de discernir entre el bien y el mal, pueden elegir su propio destino.

La libertad individual como fin fundamental de la justicia, socialmente lo será si todos gozan de ella, es decir, estando en plano de igualdad.

El Principio de Igualdad garantiza a las partes el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este Código. Esta garantía aplicada al proceso judicial requiere que todas las personas sean iguales ante los tribunales y las cortes de justicia –artículo 14.1, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos-; es decir, independientemente de su condición personal, el tratamiento del imputado no admite diferenciaciones por razones económicas, sociales, religiosas y/o políticas; por ende habrá que esforzarse en revertir la tendencia selectiva de la persecución penal hacia los grupos socialmente más vulnerables .

Para Daniel Mendonca “La exigencia de igualdad, desde luego, no puede ser tomada en términos absolutos, en el sentido de imponer exactamente el mismo trato a todos, cualesquiera sean las circunstancias. Tal uniformidad absoluta no es lo que exige esta idea de justicia, pues la falta de reconocimiento de las diferencias relevantes significaría ubicar a todos en idéntica posición, cosa que nadie ha pretendido dentro de esta tradición. Por el contrario, no puede considerarse injusto, desde esta perspectiva, que se hagan distinciones, de manera que los beneficios y las cargas, los derechos y los deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta circunstancias condicionantes. La exigencia de igualdad encierra únicamente la pretensión de que nadie, en forma arbitraria, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otros. Esta exigencia debe ser comprendida, por tanto, en un sentido relativo, es decir, como una exigencia de que los iguales sean tratados de la misma manera. En otras palabras, la exigencia de igualdad contenida en esta idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y a cada uno, sino a todos los miembros de una clase, determinados por ciertos criterios de relevancia. La justicia, en este sentido señalado, como pura demanda de igualdad, recoge una exigencia de racionalidad, en tanto que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por ciertos criterios establecidos en reglas dadas” .

Según Villalba Bernie “Referirnos al principio de igualdad es aludir a uno de los principios cardinales del proceso judicial, no solo tiene una expresa consagración en el proyecto de reforma, sino que es objeto de tratamiento en el ámbito constitucional, como capítulo diferenciado de los demás, al establecer la Constitución Nacional la protección genérica de la igualdad desde tres vertientes, en el Art. 46 sobre la igualdad de las personas, en el Art. 47 de las garantías de la igualdad, y en el Art. 48 de la igualdad de los derechos del hombre y la mujer” .

Este derecho elevado a la calidad de principio en el derecho procesal garantiza, que todas las personas sean iguales ante los tribunales y las cortes de justicia –artículo 14.1, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos-; es decir, independientemente de su condición personal, el tratamiento del imputado, procesado o parte no admite diferenciaciones por razones económicas, sociales, religiosas y/o políticas .

Asimismo, no debemos perder de vista que el artículo 14. 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece que durante el proceso, “toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad...” . Sobre esta base, se construyen las reglas procesales de bilateralidad en el trámite procesal, ya que, al decir de CARNELUTTI , "... la eficacia del contradictorio implica paridad en los contradictores...".

FERRAJOLI por su parte expresa "Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria (...), la perfecta igualdad de las partes: (...) que la defensa esté

dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; (...) que se admita su papel de contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos".

Dentro de este análisis el derecho a la igualdad elevada a la categoría de principio significa, que todas las personas litigan ante los mismos jueces con iguales formalidades, derechos y obligaciones, sin que importe una excepción el principio de la existencia de tribunales especiales, ya que tienen acceso a ellos todos los que se encuentran en las mismas condiciones. No habrá pues, diferencia por razón de la persona en el modo del ejercicio de la acción, en la admisión y eficacia de los medios probatorios, en los efectos de la sentencia, etc .

Podemos afirmar en consecuencia que el derecho a la igualdad está elevado al grado de principio procesal, construyendo desde él un conjunto de reglas procesales como ser: la regla de contradicción, oposición probatoria, bilateralidad, demanda, oposición, acusación, cargo y descargo, alegatos, etc.

No obstante debemos resaltar que el principio de igualdad procesal se aplica transversalmente ante todo proceso, en plena coordinación con el principio de imparcialidad. Como podemos observar el principio de igualdad, hace a las funciones, derechos y garantías de las partes, y por otro lado el principio de igualdad opera en todo proceso directamente en la función del Juez.

b) El Juez imparcial como principio procesal

Como manifestamos precedentemente, los principios son grandes directrices que no poseen punto de oposición, sin ellos, un proceso no sería tal, por lo tanto, se quebraría el debido proceso, no teniendo resultados el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva, vulnerándose el acceso a la justicia como derecho fundamental, atentando contra los derechos humanos y hasta podríamos decir que la democracia tendría un quiebre.

Ante esta utopía, o en ciertas ocasiones realidades o desgracias jurídicas, no podríamos imaginarnos la posibilidad de hablar de respeto del primer principio procesal de igualdad, sin un tercero que dirime el conflicto sin la cualidad y deber de imparcialidad. Ya lo sostiene el maestro Alvarado –con fervor- al decir para que exista proceso deben existir dos personas con posiciones antagónicamente contrarias en pie de igualdad ante un tercero, que no es parte, que debe juzgar con total independencia, si no ocurre esto, no es proceso, puede ser cualquier cosa pero no proceso.

La imparcialidad supone la posición en la que el juzgador ha de exhibir ante el conflicto de total ausencia de prejuicios o intereses para poder adoptar una decisión basada solo en Derecho. Sin imparcialidad no puede haber juicio justo, en este sentido, la mayor tacha que puede hacerse a un órgano jurisdiccional es la de su falta de imparcialidad , pues desnaturaliza su función , abdica de la posición de un tercero que resuelve el conflicto con cánones exclusivamente jurídicos , para anteponer intereses propios o ajenos , que en definitiva decantan la resolución en beneficio de uno de los contendientes.

Por esto se sostiene que el “Principio de imparcialidad del juzgador: es de la mayor importancia, que indica que el tercero actúa en calidad de autoridad para procesar y sentencia el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de

parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia) .

Debemos precisar asimismo: “Esta independencia está referida al Juez como órgano-persona y tiene como propósito proteger su independencia personal para la toma de decisiones e impedir que pueda ser objeto de influencias provenientes del propio ámbito judicial o fuera de él” .

Los jueces deben valorar en su decisión tanto las circunstancias favorables como las perjudiciales para el imputado, con absoluta imparcialidad.

Asimismo, con el establecimiento del órgano competente previa a la cuestión, objeto de juzgamiento, es asegurar la independencia de los Juzgadores respecto a influencias externas, la independencia externa del Juez debe asegurarse en el mecanismo de su designación y también en su relación en el ámbito jerárquico, de manera que imposibilite influencias en sus decisiones por presiones de otros órganos del mismo Poder Judicial.

MANUEL RAMIREZ por su parte expresa en el mismo sentido: “El requisito de la imparcialidad responde a la finalidad de la garantía de la independencia, porque el principio de la independencia no es más que un límite jurídico para evitar un riesgo – Juez ad hoc- que levanta una sospecha (parcialidad), pero no se trata de una panacea, es decir, que resulta perfectamente factible que respetando la predeterminación legal, el juez resultante no sea independiente, por lo que el principio de la independencia solo se traduce en la practica cuando el Juez- Persona ejerce su potestad dentro del marco de la absoluta objetividad... ”.

Pues bien, los principios procesales se encuentran presentes ante todo proceso, y en el presente trabajo establecemos la existencia de solo dos principios: el de igualdad e imparcialidad, en la convicción de que estos son pilares fundamentales de un debido proceso dentro de un Estado democrático a fin de garantizar el acceso a la justicia en la estructura de un sistema de tutela jurisdiccional efectiva.

3.2.2. Las reglas

Las reglas procesales dentro del entendimiento de que debido proceso es el conjunto de principios , reglas que rigen a todo el proceso hasta una eventual sentencia, que consiste en el fin del mismo. Las reglas le dan forma al proceso y se aplican en los distintos procedimientos que en el proceso se desarrolle.

“Estas reglas presentan características...respecto de la actividad de procesar: siempre son binarias y se relacionan con distintos aspectos propios de la tarea de fallar el caso sometido a juzgamiento. Estos son: calidad y número de juzgadores, cantidad de grados de conocimiento, evaluación de los medios de confirmación, correspondencia entre lo pretendido y lo acordado en el juzgamiento y aplicación de la norma jurídica que rige en caso justiciable” .

“(...) Cada una de las preguntas formuladas al comienzo de esta lección [p.p. 212 - 214] respecto del debate judicial –en rigor, acerca del procedimiento y no del proceso- admite siempre dos respuestas antagónicas (oralidad o escritura; mediación o inmediatez; etc.). Cuando el legislador opta por una de ellas desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir actitudes que se excluyen. Esto no implica que no puedan sucederse en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral). A estas líneas directrices les asignó

la denominación de reglas técnicas del debate procesal y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menos que la de los principios: sin estos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia del proceso”.

En consecuencia las mismas pueden variar de conformidad al tipo de proceso que adopte el Estado, dentro de los parámetros que establecen los principios. Estas reglas deben ser taxativas y nunca, contrarias a los principios procesales, generalmente nacen los principios y son adoptados por el Legislador de conformidad a la ideología procesal que se desea aplicar. En un Estado democrático que garantiza el acceso a la justicia, nunca un proceso puede ir contra los principios de igualdad e independencia, que sostienen el debido proceso.

Entre las reglas procedimentales podemos citar por ejemplo:

La bilateralidad: La bilateralidad es una regla procedimental derivada del principio de igualdad que debe ser garantizado en todo proceso, aunque no lo afirme Lino Enrique Palacios, quien califica a la bilateralidad como principio que se asoma a la concepción de la regla, al decir: “La bilateralidad, es el principio de la igualdad de las partes en el juicio, y el principio de igualdad de las partes en el juicio, no es otra cosa que una expresión particular del precepto general de la igualdad de los individuos ante la ley..., reposa sobre lo que llamaremos la bilateralidad de la audiencia; nadie puede ser condenado sin ser oído, no hay juicio que se siga a espaldas de la parte con quien eventualmente perjudica, y no hay sentencia válida si no se han dado a las dos partes, por igual, las garantías de defensa necesarias...”.

También Clemente Díaz confunde los principios y las reglas elevando al grado de principio a la bilateralidad al decir: “La garantía constitucional del Individuo sobre la inviolabilidad de la defensa en juicio encuentra su perfeccionamiento en el principio de bilateralidad de la audiencia, en cuanto el mismo presupone una razonable oportunidad de ser oído y asegura en sus términos latos, la posibilidad de ejercitar la defensa de la persona y de los derechos.

El Derecho Procesal garantiza al justiciable la posibilidad de ejercitar su defensa, no la defensa misma, y de ahí la eventualidad de la contradicción o controversia ..”.

La contradicción: El mismo Lino Enrique Palacios utiliza con el denominativo de principio de contradicción, la regla que opera tal cual a la regla de bilateralidad que deriva del principio de igualdad, al sostener:

“En términos generales, implica la prohibición de que los jueces dicten alguna resolución o dispongan la ejecución de alguna diligencia procesal sin que, previamente, hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por tales actos. Es sobre la base de esta idea que las leyes procesales estructuran los denominados actos de transmisión o comunicación, como son los traslados. La vistas y las partes, y eventualmente a los terceros, en condiciones de expedirse acerca de las pretensiones o peticiones que se formulen en el proceso y de controlar el diligenciamiento de los actos procesales dispuestos a pedido de otra parte o de oficio por el juez...”.

Formas de expresión del debate oral o escritural: Uno de los ejemplos que demuestra el equívoco al denominar principios a las reglas procedimentales es la elevación al grado de principio a la forma de expresión de las partes en el debate – proceso- sea en forma oral o escrita.

El proceso ya sea oral o escrito no afecta a la naturaleza del mismo, podría afectar a la duración, la infraestructura, la forma en la cual se debatan las pretensiones, pero nunca la naturaleza del proceso, ya que la misma puede llevarse delante de una u otra forma, es más en determinados procedimientos en ambas u opcional.

Para Lino Enrique Palacios el método oral o escrito del debate es un principio “Los principios ahora analizados se vinculan con la forma de expresión que ha de observarse para aportar la materia de la decisión judicial. De allí que regirá el principio de escritura y oralidad, según que la sentencia deba fundarse tan solo en aquellas alegaciones y pruebas que se hayan producido, respectivamente, por escrito o de palabra ..”, lo cual jamás dentro de la concepción asumida por nuestra parte condice con la posibilidad de denominarlo principio, ya que no afecta al proceso como método de debate la forma de expresión con la cual se lleve adelante por lo cual, no queda más que calificarlo como regla de debate que deriva del principio de igualdad, pero nunca catalogarlo como principio .

Pues bien, con estos ejemplos lo que se demuestra es que las reglas procedimentales son variables de conformidad a la política judicial de cada país y derivan directamente de los principios. Recordemos que los principios derivan de la propia naturaleza del proceso, el cual no puede ser modificado u obviado por las legislaciones; por su parte, las reglas son optativas conforme al método de debate que se decide aplicar.

3.3. Ejecución de la sentencia

Como tercer y último elemento que integra el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva, con el fin de permitir un acceso a la justicia en un Estado democrático, identificamos a la ejecución de las sentencias, sentencias estas que fueron fin de un proceso. En este sentido, debemos aclarar que no todo proceso concluye con una sentencia, ya que las partes pueden desistir del proceso o pueden llegar a un acuerdo, con lo cual el fin de una sentencia no siempre es consecuencia general de un proceso.

El Instituto de la tutela jurisdiccional efectiva comprende el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales ; de esta guisa observamos cómo la tutela judicial sancionada por nuestra Carta Magna no es meramente teórica , sino efectiva, de tal suerte que los poderes públicos resultan compelidos a practicar las actuaciones necesarias en el ejercicio de sus facultades para ejecutar lo juzgado , pues no en vano en la correcta ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales queda comprometido un factor esencial del Estado de Derecho . Por ello y sin detrimento de la prudencia siempre deseable el peor de los escenarios es que las sentencias queden sin ejecutarse en la práctica. De ahí que quepa demandar de los jueces y tribunales que pongan en marcha todos los poderes y facultades que la Ley les otorga – que son variados y contundentes – para hacer ejecutar lo juzgado, pues solo de esta manera será viable modificar la sensación de desasosiego y frustración de los justiciables a los que se ha reconocido su pretensión en sede judicial.

Ahora bien, en caso de que un proceso, dentro de los límites de lo que denominamos debido proceso, concluye con una sentencia, la misma para ser eficaz debe ser ejecutada, lo cual implica que debe ser acatada o cumplida. Con el cumplimiento de la misma, se culmina la función del sistema de la tutela jurisdiccional efectiva y se habrá brindado un acceso a la justicia real y un respeto a un derecho fundamental, que es elevado a este nivel por constituir un derecho humano que el Estado democrático debe garantizar.

EPÍLOGO

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: UN CONCEPTO PROBLEMÁTICO

Domingo García Belaunde

Sumario: 1. Un primer panorama. 2. La especial situación de los Estados Unidos. 3. El aporte de América Latina. 4. La trayectoria europea. 5. A manera de conclusión.

1. Un primer panorama.

Hace algunas décadas que circula en América Latina el vocablo “Derecho Procesal Constitucional”, el cual está vinculado, como es obvio, al proceso constitucional. Pero lo ha hecho sin mayores precisiones. Se usa el término en forma recurrente, pero aun está lejos de haber sido fijado en forma clara.

Por un lado, las viejas concepciones del Derecho Procesal Civil y del Derecho Procesal Penal, tienen contornos más o menos definidos, y en cierto sentido, pacíficos. Se sabe que la tesis de la unidad de ambos procesos no está del todo admitida (Roxin, por ejemplo, duda de ello). Pero hay una tendencia hacia eso, que seguramente se impondrá a la larga.

Y al lado de estas dos vertientes clásicas, hay otras que son también importantes, y que han adquirido cierto relieve en los últimos tiempos: el Derecho Procesal Administrativo, y también el Derecho Procesal Tributario y el Derecho Procesal Laboral. Y esto podría ir en aumento.

Pero en el ámbito procesal constitucional, no empece su uso, y una aparente amplia aceptación, el panorama se mantiene impreciso. Aun más, es de más aceptación en América Latina que en Europa, en donde parece no importar el tema. Veamos esto con más calma.

2. La especial situación de los Estados Unidos.

En Estados Unidos, aun cuando parezca paradójico, no existe el Derecho Procesal Constitucional, básicamente porque no existen procesos constitucionales. Y tampoco un Tribunal Constitucional, por más que la Suprema Corte con sede en Washington se ocupe, fundamentalmente, de asuntos constitucionales.

Es preciso tener en cuenta que este país no sólo pertenece a una familia jurídica distinta – que sigue siendo distinta aun con los acercamientos que se ven en ciertos sectores– sino que además ha tenido una evolución peculiar.

Esto responde en parte a la tradición jurídica que heredó de Inglaterra, país que además no tiene Constitución, por lo menos en sentido formal. Y que adicionalmente, nunca tuvo el control constitucional de las leyes en forma desarrollada, sino que su lenta aparición se truncó, por así decirlo, con la experiencia de Coke, en pleno siglo XVII. Si ahora Inglaterra en parte está de regreso, no ha sido por ella misma, sino por haber sido obligada a hacerlo como consecuencia de su incorporación como país a la Unión Europea.

Por tanto, no es dable medir los problemas ajenos, distintos a los nuestros, a través de nuestros propios lentes o conceptos, ya que decir que existe allá lo que existe acá, porque tiene cierto aire de familia, es saltarse por encima los criterios rectores que debe observarse en todo análisis comparativo.

En efecto, el famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803, no fue pacífico. De hecho, el mismo Marshall jamás volvió a inaplicar una ley federal por inconstitucionalidad, en los siguientes 32 años que permaneció en la Corte, en especial por la resistencia que generó. Sentado el principio de la *judicial review*, como creación pretoriana, se volvió a utilizar muchos años después, con la Corte Taney, y en forma intermitente hasta la época de Roosevelt, ya en pleno siglo XX, pero en medio de grandes disputas teóricas y doctrinarias, como lo acredita la literatura existente.

Pero hay que tener en cuenta que en el modelo norteamericano, este control se hace en vía incidental, a propósito de un caso concreto y en cualquier tipo de proceso, creándose un precedente que a la larga puede influir y dejar de lado la norma cuestionada. Lo cual, como es natural, requiere tiempo.

El problema no es, pues, procesal, sino sustantivo, o sea, de defensa de la Constitución y de la supremacía de ésta, dentro de un proceso de carácter judicial. Lo que se estudia y lo que cuenta es la supremacía constitucional, que se hace efectiva a través de cualquier proceso, no importando cuál sea la materia objeto de la litis.

Y por tanto, en el sistema jurídico norteamericano no existe algo que pueda llamarse proceso constitucional, y en consecuencia, nadie se ha preocupado de estudiarlo. Lo que se hace es estudiar, en los cursos universitarios de Derecho Constitucional, y en los manuales al uso, el problema de la supremacía de la Constitución, su valor jurídico y cómo ella se hace efectiva en un proceso cualquiera, a pedido de parte.

Por la misma razón, no existe un Derecho Procesal Constitucional y no creo que vaya a existir. Y esto por cuanto los problemas son resueltos en cualquier juzgado, en cualquier proceso, susceptibles eventualmente de ir a la Suprema Corte de Justicia, por lo que tampoco puede decirse que ésta sea un Tribunal Constitucional, ya que si bien su labor trata estos temas mayoritariamente, la mayoría de las cuestiones se deciden en las cortes de los Estados miembros, las que actúan en última instancia, sea por iniciativa propia, sea por seguir los principios que en alguna oportunidad sentó la Suprema Corte, y que son vinculantes. Aun más, la máxima jurisprudencia aumenta con el transcurso del tiempo y no siempre de inmediato. Y ella misma es en realidad discreta, pues al año no pasan de un centenar los casos que resuelve.

Y así hay que hacerlo para hablar con propiedad. Esto es, en los Estados Unidos no hay Tribunal Constitucional, ni procesos constitucionales ni tampoco existe un Derecho Procesal Constitucional. Y es probable que nunca lo haya.

Sin embargo, la manera como en los Estados Unidos se protege la supremacía constitucional y se inaplica una ley inconstitucional, ha originado múltiples enseñanzas, que han sido aprovechadas largamente en América Latina, que ha tenido, si se quiere, una verdadera labor creadora. Y que empiezan a ser empleadas también por los tribunales constitucionales europeos. Experiencia modélica, sin lugar a dudas, que no puede exportarse, si bien irradia continua influencia.

3. El aporte de América Latina.

En materia constitucional, los países de la América Latina, sufrieron diversas influencias en el inicio de sus vidas políticas. Tenían en uso gran parte del Derecho hispánico, asimilaron pronto la influencia francesa en los códigos, en especial el civil, y por cierto, los modelos constitucionales franceses también fueron objeto de estudio. Pero sobre todo, se tuvo presente la experiencia norteamericana por múltiples razones. La primera, sin lugar a dudas, fue que el experimento variopinto francés duró poco, pues pronto Napoleón se hizo del poder y en 1804 proclamó el Imperio francés. En segundo lugar, porque los Estados Unidos era algo que se tenía a la mano y no tan lejos. En tercer lugar, por cuanto este nuevo país, había sido también, en los hechos, colonia de un gran imperio y había luchado contra él, es cierto que a desgano. Y adicionalmente había obtenido su independencia en el campo de batalla. No fueron éstas las únicas razones, pero quizá las más importantes.

Y esto en cierto sentido era paradójico, ya que nuestro corpus jurídico venía, en su casi totalidad, de la familia romanista de la que formaba parte el Derecho castellano y las Leyes de Indias, mientras que la experiencia norteamericana, era tributaria de otra familia jurídica: el *common law*.

En esta experiencia se veía además una serie de procesos cortos, difíciles de describir, pero que buscaban soluciones rápidas, frente a casos específicos, como eran los famosos y centenarios *writs*. A lo que hay que sumar, a partir de 1803, el caso *Marbury vs. Madison*, que si bien fue único durante años en su propio país, no dejó de influir sobre el exterior (en lo cual colaboraron muchos escritores famosos de la época, como era el caso ejemplar de Tocqueville).

Por tanto, muy pronto, y sobre todo en el aspecto constitucional y de defensa del máximo texto normativo, iba ir abriéndose paso el ejemplo norteamericano, ya que en Europa, en esa época, no había nada que se le pareciese. Mientras que Estados Unidos descubrió y practicó desde muy temprano, el valor jurídico de la Constitución, Europa se movía entonces, y lo haría durante más de un siglo, con la idea de que la Constitución era sobre todo un texto político, y que debería defenderse políticamente (posición interesante y en cierto sentido válida, pero no suficiente).

Estos antecedentes confirman que era relativamente fácil que pronto arraigasen entre nosotros instrumentos jurídicos para la defensa de la Constitución, como es el caso modélico del Amparo, creado en la Constitución yucateca de 1841, luego extendido al ámbito federal mexicano en 1847 y ratificado en la Constitución Federal de 1857. Así como la introducción de instrumentos protectores de determinados derechos fundamentales (empezando con el Hábeas Corpus, incorporado tempranamente al Brasil, por vez primera en 1830).

Por tanto, durante décadas hubo en varios países de la América Latina (en especial en el Brasil, la Argentina, México, Colombia y Venezuela) la práctica, aun cuando intermitente, de la defensa constitucional, sea en su aspecto jerárquico y normativo, sea en la defensa de los derechos de las personas (como acertadamente lo señaló Grant hace ya varias décadas).

Precisamente, este ambiente de carácter constitucional y procesal, puede explicar que en 1944, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, utilizase por vez primera el término "Derecho Procesal Constitucional", en la Argentina, al publicar su libro *Ensayos de Derecho Procesal (Civil, Penal y Constitucional)* (Buenos Aires, 1944) y luego lo reiterase y ampliase en comentarios bibliográficos publicados en la *Revista de Derecho Procesal* editada en Buenos Aires y que dirigía Hugo Alsina (año III, 2ª. parte, 1945, pág. 77).

¿Cómo sucedió esto? Hasta donde alcanza mi información, es la primera vez que el concepto como tal se usa en el mundo occidental (América Latina y Europa, sin contar a los Estados Unidos, por las razones antes expuestas). Para tales efectos, debemos recordar que Alcalá-Zamora y Castillo era un jurista español, experto en Derecho Procesal, que alcanzó la cátedra siendo muy joven, y que se dedicó a escribir sobre estos temas en forma profusa, mostrándose gran conocedor del procesalismo científico más importante de esa época, el alemán y el italiano, que contribuyó grandemente a difundir. Fue en esa estancia argentina, que luego continuó en México, que lanzó el concepto y que tuvo acogida, incluso en procesalistas del entorno (como es el caso de Couture). Pero sin que él ni nadie más durante varios años, volviese sobre el tema, ni hiciese un desarrollo elaborado, como si se intentó con el proceso civil y el proceso penal (Alcalá-Zamora, como se sabe, simultaneó en ambos procesos).

Luego de este inicio promisorio, el que primero lo plantea orgánicamente es Héctor Fix-Zamudio, en su tesis de licenciado en Derecho (1955) presentada en cinco capítulos, dos de los cuales serán publicados en revistas especializadas al año siguiente (1956). Y más tarde, en el libro del mismo autor titulado *El juicio de amparo* (1964). Fix-Zamudio ha ejercido desde entonces, un amplio magisterio en el mundo iberoamericano, que debe ser estudiado en otra oportunidad.

Luego sigue un curso vertiginoso de la expansión del término, que aquí escuetamente reseño: en el Perú se usa por vez primera en 1971 (cabe este honor al autor de esta ponencia); en Argentina, Néstor Pedro Sagüés en 1979; en el Brasil, Roberto Rosas en 1983; en Colombia, Ernesto Rey Cantor en 1994; Rubén Hernández Valle, en Costa Rica en 1995, entre otros.

Y luego han seguido los trabajos sobre el tema. En el Brasil destaca toda una amplia bibliografía; en México, el gran esfuerzo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en compendiar y divulgar esta nueva disciplina, a través de trabajos propios y de una compilación de largo aliento: *Derecho Procesal Constitucional*, que ha alcanzado cuatro ediciones, la última de las cuales apareció en cuatro tomos en 2003 (y a cargo de la editorial Porrúa).

Han venido luego sucesivos trabajos, tanto de Héctor Fix-Zamudio, con diversos planteos, como de otros juristas latinoamericanos como Allan R. Brewer-Carías en Venezuela (si bien no utiliza el término) y Osvaldo A. Gozaíni, en la Argentina, que ha continuado la línea seguida por Sagüés aun cuando en forma independiente (Gozaíni tiene el mérito de haber publicado en México y en 1995, un libro dedicado al *Derecho Procesal Constitucional*, que es el primero que se publica en México con ese título). Y más recientemente, José Antonio Rivera en Bolivia (cf. *Jurisdicción constitucional*, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, 2004).

4. La trayectoria europea.

En Europa, como ya lo he adelantado, no existía el concepto jurídico de Constitución, y por tanto, tampoco el de defensa jurídica de la Constitución. Lo que primó durante décadas, fue la defensa política y el temor a toda intromisión judicial, explicable en gran parte por razones históricas. Esto permite comprender que nada parecido al proceso o a la jurisdicción constitucionales se desarrollasen, sino muy posteriormente, ya iniciado el siglo XX, tan pronto terminó la Primera Guerra Mundial. Aun cuando para efectos prácticos y por así decirlo, exitosos, sólo ocurriera en la segunda posguerra.

Pero en Europa había surgido a mediados del siglo XIX, una nueva ciencia; el Derecho Procesal, que iba a desarrollarse lentamente en Alemania y en Italia, hasta principios del siglo XX, y luego en otros países europeos. Sobre todo, en la parte concerniente al proceso civil y al proceso penal, que pronto adquirieron una fisonomía definida.

Sin embargo, nada hubo sobre el aspecto constitucional. Es cierto que la idea y la concreción de los tribunales constitucionales se da en Europa en el período 1919-1931; en concreto, en la década del veinte con la gran creación austriaca inspirada en Kelsen. Pero en ese momento se utiliza la expresión “jurisdicción constitucional”, esto es, capacidad de decir el Derecho en materia constitucional, lo que antes no existía en el Derecho europeo. Pero no se fue más allá. Ni Kelsen ni Schmitt llegaron a eso, no empecé que existían ya en el mundo germano procesalistas de renombre. Aun más, los interesantes y pioneros trabajos de Kelsen en esta materia, no demuestran mayor conocimiento del mundo procesal, que tan desarrollado estaba en esa época en la comunidad jurídica alemana, en la cual Kelsen se movía.

Y más bien es en Italia, sobre todo a partir de 1955, con la obra pionera de Mauro Cappelletti, que empieza el análisis del control de constitucionalidad en forma rigurosa y creadora, y así se refleja en sus principales obras (cf. *La justicia constitucional*, UNAM, México, 1987, que es una compilación de sus principales trabajos).

Pero Cappelletti, al igual que Kelsen, no obstante sus enormes méritos, se limitó a desarrollar, replantear y ordenar la problemática –de gran influencia en toda la América Latina, a la que visitó mucho durante largos años– pero no afrontó el problema conceptual de base, no obstante que venía de una tradición y de una escuela procesal acreditada. Se limitó a hablar de justicia o jurisdicción constitucional, o de control judicial de constitucionalidad o frases parecidas, pero sin dar el salto cualitativo, que por entonces asomaba en algunas publicaciones italianas que él no podía desconocer. La obra de Cappelletti, quizá la más creadora del período en el ámbito europeo, por sus innovaciones, enfoques e intuiciones, no logró ubicar esa temática dentro del mundo del Derecho. Y al parecer, tampoco le interesó hacerlo, quizá atraído por otras urgencias.

Más bien, quien primero utiliza en Italia el “nomen iuris” es Massimo Luciani (*Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, CEDAM, Padova 1984), pero sin hacer mayores precisiones. Una gran obra en este sentido es la de Gustavo Zagrebelsky (*La giustizia costituzionale*, 1988) quien más tarde incursiona con entusiasmo sobre el tema (así en su intervención en el seminario organizado por la Corte Constitucional en el mes de noviembre de 1989).

Y posteriormente hay que citar, sobre todo, el conocido manual de Antonio Ruggeri y Antonio Spadaro (*Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, Giappichelli editore, Torino 2001) que sin embargo prefieren el calificativo, muy utilizado en Italia, de “justicia constitucional”, al que califican como sinónimo de lo que se llama “Derecho Procesal Constitucional”, disciplina a la que no consideran autónoma, sino como una rama del Derecho Constitucional.

Lo mismo puede decirse de Roberto Romboli, quien con sus colaboradores de Pisa, ha publicado varios volúmenes dedicados a *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (cinco en total, editados por Giappichelli) y en donde hace referencias también al Derecho Procesal Constitucional y al proceso constitucional, dando a entender que es algo en cierto sentido autónomo, pero sin que tome una definición al respecto, intento que al parecer ha abandonado (véase el reciente manual *Giustizia Costituzionale* preparado por el mismo Romboli, con Elena Malfatti y Saulle Panizza, Giappichelli editore, 2003).

En Alemania, el primero que emplea el concepto de “Derecho Procesal Constitucional” es Peter Häberle, en 1973, si bien sólo lo sistematiza en 1976, en un ensayo en donde sostiene que el Derecho Procesal Constitucional no es más que el derecho constitucional concretizado (cf. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima 2004) y por tanto, una suerte de emanación del Derecho Constitucional.

Y aquí lo siguen varios más, si bien luego surgirán los disidentes. Por otro lado, un conocido y difundido manual debido a Christian Pestalozza (*Verfassungsprozessrecht*, Manchen, 1991) de amplia difusión en el mundo alemán, describe cómo operan los procesos constitucionales en la federación y en los länder, y dedica apenas unas cuantas líneas de su parte introductoria a destacar la “peculiaridad” del Derecho Procesal Constitucional, a relievlar la existencia de normas procesales constitucionales que hay que respetar, y a describir los procesos en términos adecuados. No se advierte en él una adhesión o definición al respecto, pues parece más inclinado por la parte pragmática del Derecho Procesal Constitucional en su propio país. Pero podría desprenderse una postura autónoma y procesal de la disciplina (si bien esto, por cierto, no pasa de ser una hipótesis).

En España, el primero que utiliza el término es José Almagro Nosete en un sustancioso artículo (cf. “Tres breves notas sobre Derecho Procesal Constitucional”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1979). Pero el mérito en haberle dado sistematicidad es de Jesús González Pérez (cf. *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1980) aun cuando centrado en el ordenamiento español. Y desde su óptica, lo trata Juan Montero Aroca y sus colaboradores (cf. *Derecho Jurisdiccional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, tomo I).

5. A manera de conclusión.

Lo expuesto en las líneas que preceden, han querido llamar la atención sobre una dificultad inicial: esto es, qué se entiende por Derecho Procesal Constitucional. Seguramente, de haber escrito hace algunos años, la pregunta habría sido otra: ¿existe o puede existir una disciplina jurídica que se llame Derecho Procesal Constitucional?

Esta inquietud ha sido respondida en forma afirmativa. Existe una disciplina que puede denominarse Derecho Procesal Constitucional, pues los hechos así lo demuestran: hay publicaciones, cátedras dedicadas a ello, procesos constitucionales, eventos centrados en su estudio. Todo esto es una realidad, como para que justifique una respuesta positiva, no obstante algunas posiciones pesimistas o dubitativas, que todavía se ven en el entorno. Pero esto es cuestión de tiempo, pues tarde o temprano, por lo menos en el mundo romanista, una disciplina así será plenamente aceptada.

El segundo punto es cómo aparece el concepto y cómo se le define. Y esto es lo crucial, pues las indicaciones generalmente son vagas, reiterativas y no siempre precisas. A esto he dedicado esta ponencia, con la esperanza de mostrar el avance de los últimos años.

Pero esto no agota la problemática. Todavía quedan por desbrozar cuestiones complejas que le son conexas y que sirven para mejor entenderla.

Lima, marzo de 2004.

Revisado en setiembre de 2004.

ANEXO



Estrasburgo, 27 de mayo de 2010

CDL-JU-WCCJ-BUR(2010)001

Or. Engl./Fr.

COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA POR EL DERECHO (COMISIÓN DE VENECIA)

PROYECTO DE
STATUTO DE LA
CONFERENCIA MUNDIAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
7 de diciembre de 2009

Considerando que el 22-24 de enero de 2009, el Tribunal Constitucional de la República de Sudáfrica y la Comisión de Venecia del Consejo de Europa organizaron la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional;

Considerando que la Conferencia Mundial congregó por primera vez 93 tribunales y consejos pertenecientes a los siguientes grupos regionales o lingüísticos:

- los Tribunales Constitucionales Asiáticos;
- la Asociación de Tribunales Constitucionales de Lengua Francesa (ACCPUF);
- los tribunales de la Commonwealth;
 - la Conferencia de Órganos de Control Constitucional de Países con Democracias Jóvenes;
 - la Conferencia de Tribunales Constitucionales de Lengua Portuguesa;
 - la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos;
 - la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional;
 - la Comisión de Jueces de África Meridional, y
 - la Unión de Tribunales y Consejos Constitucionales Árabes.

Reconociendo el papel fundamental que desempeñan los grupos regionales y lingüísticos en la promoción del constitucionalismo, y

Considerando que los participantes en la Conferencia Mundial encomendaron a una Mesa, integrada por los presidentes de los grupos regionales y los tres tribunales que organizaron las reuniones preparatorias (Vilnius, Seúl, Argel), que presentara propuestas para el establecimiento de una Asociación Mundial abierta a los tribunales pertenecientes a los grupos regionales o lingüísticos;

La Mesa creada por la Conferencia Mundial en Ciudad del Cabo propone el siguiente Estatuto de una Conferencia Mundial sobre Justicia Constitucional permanente.

Artículo 1. Objetivos

- 1) La Conferencia Mundial de Justicia Constitucional promueve la justicia constitucional – entendida como una revisión constitucional que incluye la jurisprudencia de derechos humanos⁷⁰⁹ – como un elemento clave para la democracia, la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho.
- 2) La Conferencia Mundial promueve el intercambio de experiencias y de jurisprudencia dentro de los grupos regionales y lingüísticos, entre ellos, y con los diferentes miembros, y apoya la independencia de sus miembros.
- 3) Los medios utilizados por la Conferencia Mundial para lograr estos objetivos son los siguientes:
 - la organización de congresos periódicos que unan a todos los miembros a escala mundial;

⁷⁰⁹ Este ámbito de aplicación más amplio permite asimismo a los tribunales, que no pueden invalidar formalmente la legislación, participar en los trabajos de la Conferencia Mundial.

- la participación en conferencias y seminarios regionales;
- el intercambio de experiencias a través de un sitio Web, un foro en línea y una base de datos sobre jurisprudencia, y
- la prestación de buenos oficios a sus miembros a solicitud de estos últimos⁷¹⁰.

Artículo 2. Composición

1) Los tribunales constitucionales e instituciones equivalentes (consejos constitucionales, tribunales supremos que ejercen la jurisdicción constitucional, etc., en lo sucesivo “tribunales”), que son miembros de los grupos⁷¹¹ establecidos en el apartado b) del artículo 4 *infra*, así como los tribunales que participan en el Consejo Conjunto de Justicia Constitucional de la Comisión de Venecia, tienen derecho a ser admitidos como miembros en la Conferencia Mundial. Se integran en la Conferencia mediante una notificación por escrito a la Secretaría.

2) Las solicitudes de admisión en calidad de miembro para los tribunales, que no tienen derecho a la condición de miembro de conformidad con el párrafo *supra*, deberán dirigirse a la Secretaría, junto con una presentación de la actividad de la jurisdicción solicitante y una carta en la que exprese su motivación. La Asamblea General resolverá con respecto a la admisión. Hasta la siguiente reunión de la Asamblea, la Mesa podrá invitar a un candidato miembro a participar en las actividades de la Conferencia Mundial sobre una base provisional.

3) Solo será elegible para la condición de miembro un tribunal por país. Sin embargo, si existe más de un tribunal que ejerce la justicia constitucional en un país determinado a nivel nacional, dichos tribunales serán elegibles para la condición de miembro, pero sólo tendrán un voto⁷¹². Los miembros de pleno derecho de los grupos regionales serán elegibles para la condición de miembro, no obstante el criterio establecido *supra*⁷¹³.

Artículo 3. Congreso

1) La Conferencia Mundial organiza un congreso al menos una vez cada tres años. La Mesa decide el lugar y el tema del Congreso.

2) Todos los tribunales miembros y representantes de los grupos que participan en la Mesa están invitados al Congreso. De acuerdo con el tribunal anfitrión, la Mesa y la Secretaría podrán invitar a observadores y a otras personas en calidad de invitados.

⁷¹⁰ [El Consejo Constitucional de Marruecos quisiera añadir “una contribución al desempeño administrativo del miembro, la publicación de guías de jurisprudencia comparativas, si es posible, en todas las lenguas de la Conferencia, y cualquier otra medida adoptada por iniciativa de la Mesa que promueva estos objetivos.]

⁷¹¹ Esto pone de relieve el importante papel que desempeñan los grupos regionales y lingüísticos en la Conferencia Mundial. La condición de miembro en un grupo da derecho a la condición de miembro en la Conferencia Mundial.

⁷¹² Por ejemplo, el Tribunal Supremo y el Tribunal Administrativo Supremo de Finlandia y Suecia, que llevan a cabo una revisión constitucional.

⁷¹³ Por ejemplo, en Mozambique, el Consejo Constitucional es miembro de la ACCPUF, mientras que el Tribunal Supremo es miembro de la Comisión de Jueces de África Meridional (SACJ).

Artículo 4. Órganos

a. Asamblea General

- 1) Los tribunales miembros constituyen la Asamblea General de la Conferencia Mundial, que se reúne con motivo de los congresos. La Asamblea General está presidida por el tribunal anfitrión.
- 2) La Asamblea General es convocada por la Secretaría por instrucción de la Oficina.
- 3) La Asamblea General, en particular:
 - resuelve en lo que respecta a la admisión de los diferentes tribunales o instituciones equivalentes, que no son miembros de un grupo regional o lingüístico (artículo 2);
 - elige a tres miembros de la Mesa (apartado b) del artículo 4);
 - establece el nivel de contribuciones financieras no obligatorias (artículo 6);
 - examina el informe de actividades presentado por la Oficina y el informe financiero presentado por la Secretaría (artículo 6), y
 - enmienda el presente Estatuto (artículo 8).

b. Mesa

- 1) La Mesa de la Conferencia está integrada por representantes de los grupos regionales y lingüísticos, y los tribunales encargados de organizar el congreso anterior y posterior, y tres tribunales elegidos por la Asamblea General. Uno de estos tres tribunales será elegido entre los tribunales no miembros de un grupo regional o lingüístico si existen al menos cinco tribunales que son miembros de la Conferencia.
- 2) Los siguientes grupos regionales y lingüísticos son elegibles para su participación en la Mesa si así lo desean:
 - los Tribunales Constitucionales Asiáticos;⁷¹⁴
 - la Asociación de Tribunales Constitucionales de Lengua Francesa (ACCPUF);
 - los tribunales de la Commonwealth⁷¹⁵;
 - la Conferencia de Órganos de Control Constitucional de Países con Democracias Jóvenes;
 - la Conferencia de Tribunales Constitucionales de Lengua Portuguesa;⁷¹⁶
 - la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos;
 - la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional;
 - la Comisión de Jueces de África Meridional, y
 - la Unión de Tribunales y Consejos Constitucionales Árabes.⁷¹⁷

⁷¹⁴ Asociación de Tribunales Constitucionales Asiáticos e Instituciones Equivalentes (establecimiento previsto en julio de 2010).

⁷¹⁵ Los tribunales supremos establecidos en los Estados miembros independientes de la Commonwealth.

⁷¹⁶ Conferencia de los Tribunales Constitucionales de los Países de Lengua Portuguesa, establecida en mayo de 2010.

- 3) Los grupos informan a la Secretaría de su intención de participar en las reuniones de la Mesa.
- 4) La Presidencia de la Mesa rota cada año entre los grupos regionales y lingüísticos participantes en orden alfabético en la lengua inglesa (tal y como se han enumerado *supra*).⁷¹⁸ La Presidencia de la Mesa representa la Conferencia Mundial (por ejemplo, conferencias de sus miembros o grupos regionales o lingüísticos) junto con la Secretaría.
- 5) La Presidencia convoca la Mesa por iniciativa propia, a solicitud de la mayoría de los miembros de la Mesa o por iniciativa de la Secretaría.
- 6) La Mesa se reúne ante la Asamblea General con motivo de un congreso. Otras reuniones de la Mesa se celebran cada año. En lo tocante a asuntos urgentes, la Mesa podrá decidir por escrito.⁷¹⁹
- 7) La Oficina, en particular:
 - decide el tema y el lugar⁷²⁰ del siguiente congreso (artículo 3);
 - adopta resoluciones de conformidad con los objetivos de la Conferencia Mundial (artículo 1);
 - examina el informe financiero de la Secretaría (artículo 6);
 - puede invitar a un candidato a miembro a participar en las actividades de la Conferencia Mundial sobre una base provisional (artículo 2), y
 - ofrece sus buenos oficios a los miembros de la Conferencia, a solicitud de estos últimos (artículo 1).

c. Secretaría

- 1) La Comisión de Venecia del Consejo de Europa proporciona la Secretaría de la Conferencia.
- 2) La Secretaría:
 - mantiene actualizada la lista de miembros de la Conferencia Mundial;
 - organiza los congresos en cooperación con el tribunal anfitrión;
 - ayuda a la Presidencia de la Mesa en representación de la Conferencia Mundial;
 - gestiona las finanzas de la Conferencia Mundial e informa de su utilización, y
 - se encarga del mantenimiento del sitio Web⁷²¹, del foro de intercambio en línea⁷²² y de la base de datos sobre jurisprudencia⁷²³ de la Conferencia Mundial.

⁷¹⁷ Pueden admitirse otros grupos a través de la enmienda del apartado b) del artículo 4 del Estatuto.

⁷¹⁸ Esta rotación pone de relieve el importante papel que desempeñan los grupos en la Conferencia Mundial y asegura la igualdad entre ellos. [Podría contemplarse la posibilidad de una Presidencia conjunta con el tribunal anfitrión para el próximo Congreso.]

⁷¹⁹ Es decir, por correo electrónico.

⁷²⁰ Teniendo en cuenta una rotación entre los grupos.

⁷²¹ En la actualidad, www.venice.coe.int/WCCJ.

⁷²² El Foro de Venecia – en la actualidad:

<http://www.extraweb.coe.int/team10/veniceforum/Lists/NewsGroup/AllItems.aspx>

⁷²³ La base de datos CODICES www.CODICES.coe.int.

Artículo 5. Votación

Las decisiones en la Asamblea General y en la Mesa son tomadas por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes. Sin embargo, estos órganos deberían tratar de decidir por consenso cuando sea posible.⁷²⁴

Artículo 6. Finanzas

- 1) Los miembros se esfuerzan, pero sin ninguna obligación⁷²⁵, por aportar una contribución financiera destinada a la organización de las actividades de la Conferencia Mundial, cuyo monto es propuesto por la Asamblea General. La Asamblea General determina los montos con arreglo a la capacidad financiera de los miembros.
- 2) Los miembros, que no pueden contraer un compromiso financiero a largo plazo, son libres de aportar contribuciones únicamente *ad hoc*.⁷²⁶
- 3) Con la aprobación de la Mesa, la Conferencia Mundial podrá aceptar contribuciones financieras de organismos públicos, gobiernos y organizaciones intergubernamentales. Dichas contribuciones estarán de conformidad con los objetivos de la Conferencia Mundial y no deberán poner en peligro su independencia.
- 4) La Secretaría mantiene las finanzas de la Conferencia Mundial en una cuenta especial establecida para la Conferencia en aplicación del reglamento financiero del Consejo de Europa.⁷²⁷ La Secretaría presenta un informe financiero a la Mesa cada año, y a la Asamblea General con motivo de sus reuniones.
- 5) No se contraerá ningún compromiso financiero sin que exista una provisión financiera correspondiente.

Artículo 7. Lenguas

- 1) Los congresos y reuniones de la Asamblea General se interpretarán en las siguientes lenguas: árabe, español, francés, inglés, portugués y ruso.
- 2) La Secretaría mantiene correspondencia con la Mesa y con los miembros de la Conferencia Mundial en inglés y francés.
- 3) Las reuniones de la Mesa se celebran en inglés y francés.

Artículo 8. Enmiendas al Estatuto

El presente Estatuto será enmendado por la Asamblea General.

⁷²⁴ [El Consejo Constitucional de Marruecos propone votaciones por mayoría simple con la salvedad de las enmiendas al Estatuto y la disolución de la Conferencia.]

⁷²⁵ No debería existir una obligación financiera de aportar contribuciones financieras que fuera difícil de cumplir en cualquier caso.

⁷²⁶ Al parecer, una serie de tribunales y consejos tendrían que solicitar la aprobación de organismos gubernamentales antes de contraer un compromiso financiero a largo plazo, y dicha solicitud no se consideraría apropiada desde el punto de vista de la independencia del tribunal / consejo. Este problema no debería excluir a los miembros. Dichos miembros aportarían las contribuciones financieras que estimaran oportunas.

⁷²⁷ Esto es necesario porque la Conferencia Mundial no tiene personalidad jurídica y no puede mantener una cuenta. La Comisión de Venecia se beneficia de la personalidad jurídica del Consejo de Europa. Todas las normas de auditoría del Consejo de Europa se aplican plenamente.

Artículo 9. Terminación de la condición de miembro

Cada miembro podrá poner término a su condición de miembro mediante notificación por escrito a la Secretaría. La condición de miembro terminará al final del año en curso.

Artículo 10. Entrada en vigor

El presente Estatuto entra en vigor tras la firma o la aceptación por escrito del presente Estatuto por al menos 30 tribunales elegibles⁷²⁸. Dicha aceptación por escrito se comunicará a la Secretaría de la Comisión de Venecia, que informará a los miembros de la Mesa. El Estatuto entra en vigor únicamente para aquellos tribunales que lo hayan aceptado.

Artículo 11. Disolución

La Conferencia Mundial podrá disolverse por decisión de la Asamblea General, o por la Mesa si la Asamblea General no se reuniera durante más de cinco años. Las finanzas remanentes se distribuirán proporcionalmente entre los contribuyentes.

Disposición transitoria

Los tribunales que hayan contribuido a la organización de la Conferencia de Ciudad del Cabo (Tribunales Constitucionales de Sudáfrica, Lituania y Corea, y el Consejo Constitucional de Argelia) son miembros de la primera composición de la Mesa hasta la elección de tres miembros de la Mesa por la Asamblea General en el tercer Congreso.

Redactado en.....el en las lenguas árabe, española, francesa, inglesa, portuguesa y rusa.

⁷²⁸ Véase el párrafo 1 del artículo 4.