

EL AMPARO EN LA ACTUALIDAD

Posibilidades y límites

EL AMPARO EN LA ACTUALIDAD

Posibilidades y límites



Coordinadores

EDGAR CARPIO MARCOS

LUIS SÁENZ DÁVALOS



*Colegio de
Abogados de Lima*

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Colección «Doctrina Constitucional»
Carlos Ramos Núñez (dir.)

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 · San Isidro · Lima

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
Av. Santa Cruz núm. 255 · Miraflores · Lima

EL AMPARO EN LA ACTUALIDAD. POSIBILIDADES Y LÍMITES
Edgar Carpio Marcos y Luis Sáenz Dávalos (coordinadores)
Primera edición: abril de 2017
Número de la Colección: 1

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2017-04040

ISBN: 978-612-46954-9-0

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta
obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

Impreso en Perú
Tiraje: 1000 ejemplares

Impresión: Servicios Gráficos JMD
Av. José Gálvez 1549 · Lince
Telf. (51 1) 472-8273
Abril de 2017

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ**

Presidente

Manuel Miranda Canales

Vicepresidenta

Marianella Ledesma Narváez

Magistrados

Óscar Urviola Hani

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

Carlos Ramos Núñez

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

Decano *Pedro Miguel Angulo Arana*

Vicedecano *Jorge Luis Gonzales Loli*

Secretario General *Carlos Antonio Pérez Ríos*

Dirección de Economía *Hugo Huayanay Chuquillanqui*

Dirección Académica y
de Promoción Cultural *William Giovanni Inga Lean*

Dirección de Comisiones
y Consultas *William Ciro Contreras Chávez*

Defensa Gremial *Guido Martín Pérez Mosselli*

Dirección de Ética Profesional *Irma Alejandra Carrasco Vera*

Dirección de Comunicaciones
e Informática Jurídica *Oswaldo Serván Cayetano*

Dirección de Bienestar Social *Dina Ercilia Boluarte Zegarra*

Dirección de Biblioteca y
Centro de Documentación *Randol Edgard Campos Flores*

Dirección de Extensión
Social y Participación *Ali Marín Ramírez Muñoz*

Dirección de Derechos Humanos *Ana Marita Marino Romero*

Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ.....	15
<i>Presentación</i>	
EDGAR CARPIO MARCOS / LUIS SÁENZ DÁVALOS.....	19
<i>Prólogo</i>	
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE.....	23
<i>Metamorfosis de un precedente discutible: la sentencia interlocutoria denegatoria</i>	
GERARDO ETO CRUZ.....	35
<i>Una alerta roja en los jueces del amparo: el problema teórico y práctico del rechazo liminar</i>	
OMAR SAR SUÁREZ.....	99
<i>Propuestas de reforma del proceso de amparo con miras a optimizar la adecuada tutela de los derechos fundamentales</i>	
LUIS SÁENZ DÁVALOS.....	115
<i>¿Es exigible el recurso de agravio constitucional como requisito para interponer un amparo contra amparo cuando se trata de sentencias constitucionales desestimatorias?</i>	
JUAN MANUEL SOSA SACIO.....	131
<i>La improcedencia del amparo por existir «vías específicas e igualmente satisfactorias»</i>	

VANESSA TASSARA ZEVALLOS	163
<i>El proceso de amparo y la tutela de los derechos fundamentales de las comunidades campesinas y nativas en la jurisprudencia constitucional</i>	
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA	203
<i>El amparo y la tutela de derechos en conflictos familiares judicializados</i>	
OMAR CAIRO ROLDÁN	223
<i>La sentencia estimatoria del amparo en el Perú</i>	
EDWIN FIGUEROA GUTARRA	233
<i>Amparo, Poder Judicial y Tribunal Constitucional. Notas actuales sobre un proceso trascendente</i>	
ALLAN R. BREWER-CARÍAS	265
<i>Sobre las diversas formas de ejercicio del derecho constitucional de amparo en Venezuela: comentarios a la fallida reforma de la Ley Orgánica de Amparo de 1988, sancionada en 2014</i>	
ÓSCAR RAÚL PUCCINELLI	313
<i>Breve semblanza del derecho, de las acciones y de los procesos de amparo en la Argentina. Pautas emergentes de la Constitución, del derecho internacional de los derechos humanos, de la legislación infraconstitucional y de su Tribunal Nacional de Clausura</i>	
ISAAC DE PAZ GONZÁLEZ / ENRIQUE URIBE ARZATE	387
<i>El juicio de amparo mexicano: luces y sombras de su nuevo ropaje</i>	
ALAN E. VARGAS LIMA	423
<i>La acción de amparo constitucional en Bolivia. Apuntes sobre su configuración constitucional, naturaleza jurídica y alcances de su desarrollo jurisprudencial</i>	

ALFONSO HERRERA GARCÍA.....	501
<i>El objeto de protección del nuevo juicio de amparo mexicano</i>	
HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA.....	537
<i>El proceso constitucional: parte integral del derecho procesal constitucional</i>	
RICARDO BEAUMONT CALLIGOS.....	553
<i>Amparo contra resoluciones jurisdiccionales de materia mercantil o empresarial</i>	
LUIS ANDRÉS ROEL ALVA.....	581
<i>Propuesta de reforma del amparo electoral: una propuesta de amparo directo ante el Tribunal Constitucional en un contexto electoral que lo exige</i>	

PRESENTACIÓN

CARLOS RAMOS NÚÑEZ

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú
Director General del Centro de Estudios Constitucionales

El amparo es, por excelencia, el mecanismo procesal que protege el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas; derechos que están previstos en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales. Esta función tuitiva del amparo –es pertinente enfatizar– ha sido continuamente reconfigurada y ha ensanchado, las más de las veces, sus dimensiones y límites garantistas, sea por anacronismos evidentes, por inadecuaciones procedimentales y, sobre todo, por la emergencia de nuevos derechos, que ponen siempre en cuestión la estabilidad tanto de la ley como de las cláusulas normativas que pretenden agotar el elenco de derechos que exigen reconocimiento y protección.

15

Es en este contexto que debe ubicarse el sentido mayor del libro que hoy se publica, *El amparo en la actualidad. Posibilidades y límites*, pues desde el título anuncia su propósito, de amplia dimensión y notoriamente propositivo: repensar, reflexionar sobre la naturaleza del amparo a la luz de estos tiempos –de cambios tecnológicos permanentes, de continua movilidad social y cultural, de globalización problemática, de inestabilidades epistemológicas, de cuestionamientos que inciden incluso en la naturaleza misma de lo humano–; además, esta reflexión es plural, pues la plantea un reconocido conjunto de juristas y especialistas en el tema, tanto nacionales como de nuestro continente; y, sobre

todo, su temperamento es, si cabe, pragmático, pues incide en las variadas formas y las proyecciones tutelares que puede tener este importante proceso constitucional.

Este texto colectivo, a tal efecto, muestra diversos abordajes a este instituto jurídico, desde los que practican una revisión de sus presupuestos teóricos, hasta los que someten a escrutinio su eficacia; desde los que analizan y, eventualmente, cuestionan su configuración legal o jurisprudencial, hasta los que fijan criterios o condiciones para un mayor ámbito de aplicación; desde los que efectúan un ejercicio hermenéutico de su vigencia –sea en nuestro país como en legislaciones como la venezolana, mexicana, argentina, entre otras–, hasta los que proponen la creación de nuevos procesos de tutela para derechos de nueva andadura y cariz.

16

El lector especialista y el común tendrán en este libro, qué duda cabe, una valiosa herramienta para acceder a una mejor comprensión de este proceso constitucional: tanto desde una perspectiva doctrinaria como jurisprudencial; y, lo que representa un valor añadido a este texto sugestivo, podrán también reflexionar –y dialogar, y debatir con los autores– sobre la auténtica vigencia y eficacia del amparo, el proceso constitucional más versátil y proteico de la tradición jurídica de nuestro continente.

Este texto inaugura, con solvencia, la serie que hemos denominado «Doctrina Constitucional», y que albergará en lo sucesivo investigaciones, personales y colectivas, sobre diversas instituciones propias del constitucionalismo. Se suma a las series que hemos ya establecido y que han tenido varias publicaciones; entre estas colecciones, podemos citar a la denominada «Biblioteca Constitucional del Bicentenario», con cinco libros editados; «Derecho, Cine y Literatura» con dos libros publicados; «Derecho y Sociedad», con dos textos publicados; «Procesos Constitucionales», con dos libros publicados; «Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional», con dos tomos publicados;

la Revista Peruana de Derecho Constitucional (números 7, 8 y 9); y la recientemente creada «Documentos Constitucionales del Bicentenario». Creemos que, con ello, estamos dando cumplimiento cabal a la tarea que nos hemos impuesto desde que el actual Pleno del Tribunal, con los ilustres magistrados que lo integran, nos confiaron la dirección general del Centro de Estudios Constitucionales; tarea que no es sino difundir la cultura constitucional en nuestro país, hacerla dialogar con otros saberes y disciplinas sociales y acercarla a la comprensión de la ciudadanía, razón de ser de cualquier sociedad moderna que se precie.

Párrafo aparte merece la inestimable y entusiasta participación del Colegio de Abogados de Lima (CAL), representada por su decano, doctor Pedro Angulo Arana, para que este libro tenga vida. Esta colaboración dignifica y engrandece a este insigne gremio, sin duda, porque lo sitúa en el lugar que siempre debe tener: promotor por antonomasia de la cultura jurídica del país. El Tribunal Constitucional reconoce y agradece la labor protagónica del CAL en la publicación de este libro.

17

Finalmente, pero no menos importante, solo nos queda reiterar el agradecimiento a los autores de este libro coral (nos honran con su presencia juristas extranjeros y nacionales); sus trabajos, de cuya honra y solvencia el lector podrá dar fe, le dan la dimensión e importancia cabal a este libro. Este texto es de ellos, rigurosamente, y del lector crítico.

PRÓLOGO

La publicación de una obra colectiva puede responder a diversas finalidades. En algunos casos se busca desarrollar un mismo tema desde diversas perspectivas o enfoques. En otros casos supone el tratamiento de una materia por lo general amplia, distribuida por sectores o submaterias, en los que cada autor realiza su propio aporte. En ocasiones se pretende la compilación de diversos estudios sobre un grupo de temas especialmente seleccionados, ya sea por su importancia o por mantener ciertos elementos en común.

En rigor, el aporte colectivo no es infrecuente y tiene varias ventajas, entre las que, por supuesto, se encuentra ofrecer desde múltiples criterios un análisis que no se agote en una sola metodología o técnica de investigación, sino que nos ofrezca un abanico de alternativas en la manera de encarar un tópico en particular. Los colectivos difícilmente agotan y ofrecen interesantes opciones al investigador, e incluso al recién iniciado, que por diversos motivos busca información inmediata o directa.

En esta oportunidad, el lector tiene entre sus manos un libro colectivo sobre el amparo constitucional que intenta enmarcarse dentro de un estilo bastante más ligero y abierto que las alternativas que anteriormente hemos descrito. Y probablemente es así, pues su tema central tiene que ver con el más importante de nuestros procesos constitucionales, no solo por su ámbito de protección (el más extenso de todos) sino por la abundante jurisprudencia que ha venido –y seguramente seguirá– generando.

El amparo puede dar lugar a todo tipo de análisis y es esa la razón por la que el Centro de Estudios Constitucionales, diligentemente representado por el magistrado Carlos Ramos Núñez, insistió en dedicarle no solo un volumen exclusivo, sino uno en el que cada autor pudiese sentirse más cómodo para desarrollar el apartado que considerase de su interés. De esta forma tenemos aportes en el ámbito específicamente doctrinario, pero también, y como no podía ser de otra manera, en los espacios propiamente jurisprudenciales y legislativos.

Se ha buscado, asimismo, contar con el valioso concurso no solo de investigadores nacionales, sino también con la participación de notables juristas extranjeros, quienes a la luz de su propia experiencia nos informan cómo funciona esta misma herramienta procesal en sus ordenamientos, y el tipo de problemas que su reconocimiento y ejercicio viene planteando.

20

Sería injusto no reconocer la amplitud de perspectiva que viene asumiendo nuestro Tribunal Constitucional y sus actuales magistrados para auspiciar una investigación abierta y pluralista como la presente. Y es que de lo que se trata en el fondo es de recibir insumos argumentales, que por una u otra razón, contribuyan a mejorar nuestro modelo de justicia constitucional y los mecanismos que la integran. Saludamos pues esta valiosa iniciativa y dejamos constancia de la importante adhesión del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

De nuestra parte agradecemos la confianza depositada, y agradecemos a todos y cada uno de los autores por el esfuerzo desplegado. Es de ellos el mérito principal.

EDGAR CARPIO MARCOS

LUIS SÁENZ DÁVALOS

EL AMPARO EN LA ACTUALIDAD

Posibilidades y límites

Metamorfosis de un precedente discutible: la sentencia interlocutoria denegatoria*

✍ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**

Si nos remontamos a fines de los años setenta del siglo pasado, recordaremos lo que pasó entonces. El gobierno militar (1968-1980) iniciaba la transición hacia la democracia y uno de los requisitos puestos para ello fue la convocatoria a una Asamblea Constituyente que, precisamente, creó un sistema *sui generis* de control constitucional, coronado por el entonces llamado Tribunal de Garantías Constitucionales (esta figura, como se sabe, fue tomada del proyecto de Constitución española de 1977, que a su vez lo recogió de la Constitución española de la Segunda República de 1931, de corta vigencia). Este modelo combinado, dual o paralelo, existe con matices hasta ahora, en donde el grueso del contencioso constitucional trascurre por el Poder Judicial –con variada suerte– y lo más selecto o en todo caso lo minoritario, llega al Tribunal Constitucional (que es el nombre que actualmente tiene y que fue adoptado por la vigente Carta de 1993).

23

Hay que tener presente, además, que a diferencia de los móviles que existieron en las democracias europeas, en el Perú la creación de un

* Este artículo fue publicado en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, N° 94, octubre de 2015. Aquí se han corregido algunas erratas que se deslizaron en el original y se han añadido otros puntos relacionados con el tema central (nota de diciembre de 2015).

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador y presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Tribunal *ad hoc* obedeció a una profunda desconfianza en el Poder Judicial, desconfianza que el propio Poder Judicial se ganó a pulso durante el gobierno militar. Y que lamentablemente aún subsiste –herencia en parte del legado fujimontesinista– pues la judicatura ha hecho muy poco para mejorar la situación. Y además, porque no tiene o carece de una suficiente formación en derecho público, que no se la da ni la universidad ni tampoco la Academia de la Magistratura (por lo menos en la medida de lo deseable, pues no existen estudios con dedicación exclusiva). Y también por el facilismo con que actúan algunos magistrados, en especial los de primera instancia, como lo hemos visto varias veces. Lo cual sin mucho esfuerzo puede decirse del Ministerio Público, que se caracteriza también por actuaciones similares.

A diferencia del anterior Tribunal que era de «casación» con reenvío, el actual ha sido configurado de otra manera por la Constitución, pues lo califica de «instancia», motivo por el cual debe el Tribunal Constitucional «conocer» la causa, o sea, estudiarla, ver el fondo del asunto y resolverlo con una fundamentación adecuada y consistente. Y en principio, en definitiva.

Ahora bien, a partir de la STC 00987-2014-PA/TC (caso Vásquez Romero) se han fijado diversos criterios para no aceptar determinados casos, lo cual es importante como postulado, pues así se precisan las causas que no deberían haber llegado a ese colegiado. Ellas son:

- i) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.
- ii) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial transcendencia constitucional.
- iii) La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente constitucional vinculante.
- iv) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

Cabe advertir que esto en rigor no es nuevo, sino que viene de atrás. Quizá la que primero lo fijó ordenadamente y probablemente

en forma más completa, ha sido la STC 02877-2005-HC/TC, que señaló puntos similares y con mayor amplitud, con lo cual se quiso decir que el grueso de los reclamos en materia constitucional se dejaba en manos del Poder Judicial. Pero aquellos que eran muy llamativos o quizá con errores demasiado gruesos, sea por una deficiente interpretación de la Constitución, por un razonamiento absurdo a nivel judicial, sea en fin porque no existe quizá otra vía de protección o porque se crea grave indefensión en materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional les abría sus puertas para resolver el agravio. Se dice y no sin razón, que existen muchos casos que jamás debieron llegar a tan alto nivel. No obstante, téngase presente que en términos gruesos el Poder Judicial, a través de sus jueces y cortes en todo el país, mueve alrededor de dos millones de expedientes al año, mientras que el Tribunal Constitucional nunca ha pasado de los 12000. Y esto porque una sentencia modélica del Tribunal Constitucional y más aún si se adopta como precedente o «doctrina jurisprudencial», puede tener una onda expansiva muy grande, modelando la actitud de los jueces y por tanto, desalentando a los justiciables de ir al máximo tribunal. Al margen de aquellos casos que por diversas razones finalizan en las cortes superiores.

Lo que sucede con el Poder Judicial, es que en los últimos años se ha hecho cada vez menos confiable, por no hablar de la corrupción denunciada¹, si bien es cierto que tampoco el poder central ha hecho gran cosa para facilitar la formación de los jueces y que cuenten con una mejor infraestructura. A lo que se suma la llamada «justicia mediática», sobre lo que nos referimos más adelante.

¹ Las denuncias contra malos manejos de jueces y fiscales ha sido motivo cotidiano de tratamiento en los medios, a tal extremo que el Poder Judicial ha tenido que salir al frente para desvirtuar los excesos y falsas generalizaciones en que se incurre; *vid.* el aviso publicado por la Corte Suprema de Justicia en el diario oficial *El Peruano* titulado «Pronunciamiento frente a la corrupción», adoptado por la Sala Plena de esa máxima Corte (Lima, 5 de junio de 2015).

Ahora bien, lo señalado en la STC 00987-2014-PA/TC es interesante pero hay que aceptarlo con reparos y en todo caso como algo flexible, acorde con la tradicional línea activista del Tribunal Constitucional, cuyos frutos no siempre han sido buenos². Veamos un ejemplo: se dice que se rechazará de plano cuando el petitorio vaya contra un precedente vinculante existente, con lo cual se da a entender que los precedentes son pétreos, cosa que no sucede en ninguna parte del mundo. Pues bien, aun aceptando que el proceso va contra un precedente vinculante... ¿no podría pensarse que vale la pena estudiarlo, pues de repente el precedente hay que dejarlo de lado, matizarlo, precisarlo e incluso revocarlo? Esto es lo habitual en todo tribunal que se estime, es decir, considerar que son la última palabra, pero que no son dueños de la infalibilidad. Los errores existen en todas partes y no está mal escuchar alguna discrepancia precisamente para ver si el error existió o si por el contrario, se comprueba el aserto. Es decir, es parte de la argumentación que es la base de todo buen proceso. Pero esto requiere un análisis que no puede hacerse con el rechazo de plano que afecta al precedente existente. Por tanto, aun cuando el planteo sea aparentemente sugestivo, hay que verlo con calma, pues podría el Tribunal Constitucional estar ante un caso interesante que amerite un análisis serio y terminaría desaprovechándolo. Al fin y al cabo, son ellos el último recurso que tiene el justiciable que generalmente espera ganar su causa, pero está dispuesto a perder, si de por medio ve buena intención y buenas razones.

Al margen de estas causales, que apreciamos pero que deben ser matizadas o reformuladas, hay que señalar nuestra profunda preocupación por la manera como ha sido enfocada su solución, que rompe toda

² Vid. en esta línea crítica a Samuel B. ABAD YUPANQUI. «¿Puede el TC “crear” instituciones procesales? El acceso al TC a través del recurso de agravio constitucional». *Sociedad Jurídica*, N° 1, 2013 (editada por estudiantes de derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal). El mismo autor cambió luego de postura avalando el «precedente» que aquí se analiza, como se aprecia en el colectivo coordinado por Pedro P. GRÁNDEZ, que se cita en la nota 5.

una tradición y es que eso se resuelve «sin más trámite». Esto es, una cosa es señalar los problemas que hay que abordar en lo que coincidimos parcialmente y muy otra es el método aplicado para solucionarlo, que consideramos que no ha sido feliz. En efecto, es válido perfilar asuntos que no debe conocer el máximo Tribunal –como podrían ser los despidos arbitrarios y los problemas pensionarios en casos que no sean de extrema gravedad– y muy otra es el análisis hecho con el mero propósito de eliminar expedientes que estorban. Y esto hay que verlo con mucho cuidado, pues depende de varios factores, pues muchos son de orden local. No vale aquí recurrir a la comparación con cortes extranjeras, pues las realidades son distintas y presentan diferencias con el modelo peruano. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana ve al año un promedio de 400 casos, pero en ese país el Poder Judicial y su cúspide, que es la Corte de Casación, funcionan bien y su legislación es diferente a la nuestra. La Corte Suprema de los Estados Unidos ve al año un promedio de 200 casos y muchos más no los acepta. Pero lo que trata es realmente relevante y además no hay que olvidarse que siendo un país federal, cada uno de sus estados tiene sus niveles judiciales y su propia Corte Suprema, que son las que agotan las vías judiciales, pues la Suprema Corte Federal tiene otros fines. No podemos compararlo con nuestro sistema político, que no es federal sino unitario y más aún con una normativa constitucional distinta. En el Perú existen 33 cortes superiores, pero es más que dudable que todas funcionen bien.

De hecho, hemos visto abusos notorios efectuados por algunas cortes superiores que solo han podido ser enmendados oportunamente por sentencias del Tribunal Constitucional. Un aspecto igualmente preocupante es el de la formación de los jueces. En rigor, no existen en el Perú jueces constitucionales –que es a lo que aspiraba el Código Procesal Constitucional al sancionarse en 2004– y en esto hemos ido en retroceso. A los jueces no se les forma en materia de derecho público y menos aún en derecho constitucional, en donde los criterios, los principios y los enfoques son bastante distintos a los del derecho privado e

incluso a los procesos civiles y penales. Aún más, hay jueces que están convencidos de que una buena lectura de la Constitución es suficiente para su formación, lo cual a todas luces es un error. Por cierto, que no podemos dejar de mencionar que en otras áreas –penal, civil, comercial, tributaria, etc.– los frutos son mejores en el ámbito judicial y ahí los márgenes de acierto son mayores. Recordemos además otro aspecto que fue objeto de debate en la Asamblea Constituyente de 1978-1979: la dependencia anímica de los jueces en relación con el poder político. No hay mayor conciencia de ello, pero existe y está ahí y hay que saberlo superar. Y finalmente, hemos visto cómo jueces y fiscales viven amedrentados por los medios, y ya se da en nuestro país lo que algunos llaman «procesos paralelos». Es decir, uno en donde se procesa y condena en los diarios y en las televisoras, y otro que se desarrolla en los estrados judiciales, con frecuencia prestando atención a los primeros y muchas veces convirtiéndose en eco de aquellos. Esto, por cierto, no es privativo nuestro. Es algo generalizado en nuestro continente y en algunos países europeos, y por eso hay que llamar la atención por este fenómeno que es preocupante, y que vemos que se extiende cada vez más con la presencia de jueces «duros» y fiscales que «investigan» durante años y que pareciera que buscan aprobación de sus conductas para que sean consideradas como «políticamente correctas»³.

Volviendo a nuestro tema, diremos lo siguiente: los principios que orientan este precedente son interesantes, pero merecen ser ajustados y sobre todo flexibilizados. Peor aun cuando se ha empezado a aplicar a expedientes que se iniciaron meses atrás, cuando las reglas del juego eran otras y ahora se encuentran con una guillotina que antes no existía y que cuenta con dudosa base constitucional. Pero han pasado

³ Cfr. VILLARRUEL, Darío. *(In)justicia mediática. Cuando el periodismo quiere ser juez*. Buenos Aires: Sudamericana, 2014. En el prólogo dice E. R. ZAFFARONI, «La justicia tiene muchos defectos pero hay uno que corre por cuenta de ella y no del periodismo. Los jueces y fiscales egresan de las facultades de derecho y estas no los preparan para la actuación mediática».

algunos meses que nos permiten señalar algunos puntos que entiendo son graves.

El primero es que el Tribunal Constitucional no puede rechazar un «recurso de agravio constitucional» (RAC) ya concedido, pues eso compete en exclusiva al Poder Judicial. Es decir, si a quien corresponde conceder el recurso es a la sala superior (Código Procesal Constitucional, art. 18) mal puede el Tribunal Constitucional denegarlo y declararlo improcedente, pues eso no es de su competencia. Lo que se ha creado en la práctica es un segundo filtro, parecido a la casación que ahora existe en la Corte Suprema y que se encuentra prevista en la Constitución (art. 141) olvidándose que nuestro Tribunal Constitucional es considerado como una instancia, que es distinto (art. 202). Por tanto, esta denegatoria no tiene ningún fundamento constitucional y constituye una mutación «*contra constitutionem*».

El segundo punto es que para hacerlo, es decir, para declarar la «improcedencia», esta se hace sin más trámite. Es decir, sin que el abogado de la parte pueda ejercer su derecho de defensa ni menos aun que los magistrados lo escuchen como siempre se ha hecho en nuestro mundo forense. Y esto podría agravarse si es que la «improcedencia» viene de las dos instancias inferiores, con lo cual el demandante jamás pudo ser escuchado. Y de esta manera, el derecho de defensa, que es un derecho fundamental que no se niega ni a los más avezados delincuentes, termina siendo avasallado. ¿Que costaría citar a los abogados para un informe breve? Sabemos por experiencia que cuando hay audiencias públicas en el Tribunal Constitucional, un grueso sector de las causas no tienen abogado o no se presentan –en especial las llamadas audiencias descentralizadas– con lo cual se deja salvado el principio. No caben comparaciones con la Corte Suprema al ejercer la casación, no solo porque lo que en esta existe es una figura procesal distinta, sino porque el justiciable que ha sido rechazado en todas las instancias judiciales, lo que quiere precisamente es ser oído en el Tribunal Constitucional. Lo que en la fórmula norteamericana se llama «tener su día en la Corte».

Y finalmente, acotar que esta denegatoria sorprendente se haga a nivel de salas, es decir, un total de tres magistrados sobre un total de siete, que por sí y antes sí deciden que un caso concedido no fue concedido [...]. Y al hacer esto, si bien es cierto que se ha acomodado el Reglamento Normativo a esta nueva situación, no se ha modificado la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 5) que es muy clara al decir que las salas deciden sobre el fondo y que tienen una razón de ser. Con este precedente se han eliminado las salas —que eran de evidente utilidad— y se les ha reservado el papel de ser el portero del Tribunal, como alguna vez dijo Calamandrei en relación con la experiencia italiana. Y al parecer como guardianes de una valla artificialmente creada.

No se tienen estadísticas sobre el total de casos rechazados con este peculiar precedente. Al parecer, son unos tres mil quinientos, pero no se sabe realmente si se aplicó bien o mal. Lo más probable es que, en cuanto al fondo se refiere, hayan existido serios descuidos con daños graves. Y también evidentes aciertos⁴.

* * *

Mientras tanto ha sido publicada una nueva sentencia interlocutoria (STC 00844-2014-PA/TC) de 11 de marzo de 2015 con un importante voto singular del magistrado Blume Fortini que reitera su rechazo a la forma como se ha ido aplicando el precedente antes citado y la manera como se ha ido diluyendo o mejor dicho, transformando

⁴ En un primer momento pensé que el precedente del caso Vásquez Romero era un símil o pariente del *writ of certiorari* como opera en los Estados Unidos y que ha sido imitado en otros países (en Argentina, por ejemplo). Un análisis detallado de su desarrollo me ha llevado a la conclusión de que nada tiene que ver con el famoso *writ* norteamericano que, por el contrario, se encuentra en sus antípodas (*vid.* entre otros, el clásico libro, H. REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Alfred A. Knopf, 2001). No sabemos, pues, dónde ubicarlo ni qué nombre técnico aplicarle. De todas las modalidades creadas por el Tribunal Constitucional en aras de su flexibilidad procesal y sus fines —no de su autonomía procesal, que es un sinsentido— este que comentamos es realmente el más desconcertante y en cierto sentido absurdo y negativo en la defensa de los derechos fundamentales.

en los últimos meses, en el sentido de que las causales para denegar el «recurso de agravio constitucional» lo han hecho extensivo a las causales de improcedencia mencionadas en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional, que no estaban previstas en el precedente y a las que ahora se les da igual trato y en forma indebida. Es decir, desde siempre las improcedencias a nivel de Tribunal Constitucional se emitían luego de la vista y del informe de los abogados. Ahora al haberse extendido el precedente Vásquez Romero, simplemente se le rechaza *in limine* ya no el petitorio o la pretensión como siempre se hizo, sino el «recurso de agravio constitucional», lo cual decididamente es inconducente.

Analicemos sin embargo este nuevo caso recaído en la demanda interpuesta por Flora María Luque Pariapaza y vemos que aquí la sala se ha tomado la molestia de estudiar el caso, es decir, revisa y precisa los antecedentes y llega a la conclusión de que lo que llegó al Tribunal era improcedente, pues la supuesta violación había sido subsanada en el camino, es decir, había dejado de existir, y por lo tanto había operado la sustracción de materia. El raciocinio aquí es impecable y lo mismo ha sucedido en el pasado, pero con la diferencia de que el pleno o la sala citaban a las partes, las escuchaba y luego se declaraba la improcedencia. No había, pues, agravio al derecho de defensa.

De todo esto parece desprenderse la conclusión de que en todas las denegatorias sin más trámite se habría hecho, al parecer, un análisis cuidadoso y si es así, es más que probable que un gran número de casos resueltos hayan sido altamente calificados. Pero si este es el punto, lo único que se han ahorrado los magistrados es la vista de la causa, esto es, la presencia de los abogados, que mal que bien, se encargan de la defensa que es un derecho fundamental. Pero ¿era esto necesario cuando lo único que se evita son unos minutos de un informe oral?

Algunos decían, con contagioso optimismo, que este sistema, bien aplicado se entiende, contribuiría a despejar el camino de tanta maleza indeseable y que solo llegarían al Tribunal Constitucional los

temas realmente importantes. No estamos muy seguros de eso. Al parecer ha ocurrido el fenómeno inverso: la carga procesal existente cuando se instaló con tantas expectativas el actual Tribunal Constitucional, no ha bajado sino que se incrementado en unas 4000 causas, de lo que desprendo por algunas informaciones. O sea, que en este punto, no ha tenido ningún efecto.

Como consecuencia de esto, es obvio que cuantitativamente el Tribunal Constitucional es o tiende a ser menos protector que antes, es decir, menos garantista. En qué grado o medida, es algo que tendrá que analizarse con calma y más adelante, cuando contemos con información confiable. Pero todo parece indicar que en el fondo lo que desea el Tribunal Constitucional es «liberarse» de la carga procesal que tiene, aun a costa de desnaturalizar el principio por el cual fue creado, con el que decididamente no son consecuentes. Es decir, «descargar» con fines estadísticos y extender este precedente a otras situaciones no previstas originariamente en él.⁵

32

Hay que recalcar adicionalmente que todo tribunal constitucional, por lo menos en América Latina, nació siempre como respuesta a una necesidad y sustancialmente para controlar el poder y no para servirlo. El Poder Ejecutivo, lo sabemos, si no tiene obstáculos, arrasa a quien está al frente. Los ministerios cumplen, generalmente labor discreta o de comparsa y apoyo cuando no de sumisión absoluta al Presidente de la República. Del Poder Legislativo, en medio de tantos enredos, no se puede esperar gran cosa y lo mismo podemos decir del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Debemos pues centrar nuestros esfuerzos en tener un mejor Poder Judicial y por cierto en un Tribunal Constitucional más garantista. Pero esto no sucederá de un día para otro. Mientras tanto y sobre todo

⁵ Sobre el tema que trata este artículo se ha publicado mucho, en especial en periódicos y revistas, en general de carácter crítico. Un reciente volumen editado por Pedro P. GRÁNDEZ CASTRO (cfr. *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*. Lima: Palestra, 2014) aborda el tema con gran amplitud y con colaboraciones diversas.

mientras la judicatura ordinaria en materia constitucional no dé mejores frutos, tiene el Tribunal Constitucional una delicada tarea que cumplir y esto es lo que nos dicen los hechos y lo que espera el justiciable.

* * *

De lo antes expuesto es fácil desprender algunas consecuencias, aun cuando sea a título provisional:

1. El Tribunal Constitucional fue creado fundamentalmente para proteger la jerarquía jurídico-normativa y defender en vía extraordinaria los derechos fundamentales a través de procesos constitucionales. Esto último ha ido en retroceso en los últimos meses, alterando de esta manera uno de los fines para los cuales fue instituido.
2. Dentro de esta línea, ha ido restado importancia e interés a los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, olvidándose que el Poder Judicial en materia de derechos fundamentales no es necesariamente un referente válido. E igual podría decirse del Ministerio Público.
3. El rechazo liminar sin audiencia y sin informes de los abogados, es sin lugar a dudas, una mutación constitucional de carácter «inconstitucional»⁶ que lesiona el derecho de defensa y la propia competencia del Tribunal Constitucional.
4. Se ha inaugurado con el nuevo colegiado una etapa no garantista con fines administrativos, esto es, eliminar expedientes que «estorban» y presentar a la opinión pública un «mejor» desempeño jurisdiccional.
5. El aparentemente inofensivo precedente «Vásquez Romero» se ha ido extendiendo a otros supuestos no previstos en él, en curiosa metástasis, cuyos efectos se aprecian ahora más claramente y que están reñidos con los fines de todo proceso constitucional.

⁶ Cfr. SANT'ANA PEDRA, Adriano. *A Constituição viva*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 91-114.

6. Si una institución de tan alto rango como es un Tribunal Constitucional, deja de lado –total o parcialmente– los altos fines para los que fue concebido, podría llegar un momento en que su existencia sea irrelevante.

* * *

Lo que se señala no es, indudablemente, lo deseable y menos en un país como el nuestro. La historia de nuestro Tribunal Constitucional, más allá de matices, excesos o errores de todo tipo, ha sido siempre garantista. Y esa senda puede ser retomada si existe voluntad para hacerlo.

Una alerta roja en los jueces del amparo: el problema teórico y práctico del rechazo liminar

✍ GERARDO ETO CRUZ*

Sumario: 1. El rechazo liminar de la demanda: orígenes, concepto y fundamento. 2. El rechazo liminar de la demanda en los procesos constitucionales. 2.1. Experiencia comparada. 2.2. Breve recuento panorámico en torno al procedimiento de admisibilidad de los procesos de amparo. 2.3. Antecedentes legislativos. 2.4. El rechazo liminar de la demanda en el Código Procesal Constitucional. 2.5. Rechazo liminar de la demanda y contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional invocado. 2.6. El rechazo liminar de la demanda en el proceso constitucional de hábeas corpus. 2.7. Rechazo liminar de la demanda y efecto de cosa juzgada. 3. Supuestos de procedencia del rechazo liminar en los procesos constitucionales: *numerus clausus* o lista enunciativa? El principio de legalidad en el rechazo liminar de la demanda. 4. ¿En qué casos corresponde entrar a resolver el fondo del asunto, pese a existir un debido rechazo liminar doble en las instancias previas? 4.1. Dos soluciones intermedias. 5. Algunas propuestas de *lege ferenda*: hacia la construcción de una doctrina jurisprudencial sobre el rechazo liminar de la demanda de amparo.

35

Como se sabe, el *iter* de todo proceso judicial –del que el proceso de amparo no está exento– se inicia con el postulatorio de una pretensión que en sí es la demanda. El juez, si verifica

* Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela, profesor de Derecho Constitucional en las universidades Nacional de Trujillo, Mayor de San Marcos y San Martín de Porres. Exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

los presupuestos procesales, la admite; de lo contrario, puede discrecionalmente expedir una resolución (auto) que rechaza liminarmente la demanda. He aquí un tema –aparentemente pacífico en su dimensión teórica–, pero que en su dinámica práctica se manifiesta como uno de los grandes problemas que atraviesan los procesos constitucionales: el grueso de las resoluciones en torno a su admisibilidad o inadmisibilidad están en todo el territorio patrio surcados por sendos autos de rechazo *in limine*. Esto, a la postre, genera no solo un perjuicio a los demandantes que sí tienen el derecho, sino que se carga de un doble proceso de ruta en donde las salas se ven obligadas a revocar y disponer que el juez admita la pretensión de amparo; otras veces, la Sala Civil simplemente lo que hace es confirmar y en este marco, llega al Tribunal Constitucional. Y aquí, la regla es que el TC, aplicando los últimos precedentes vinculantes (como son los casos del precedente vinculante de la STC 0987-2014-AA/TC, caso Vásquez Romero, sobre la sentencia interlocutoria denegatoria; la STC 02383-2013-AA/TC, caso Elgo Ríos, sobre la vía igualmente satisfactoria al amparo, entre otros), rechaza liminarmente; y muy excepcionalmente, entra a ver el fondo del asunto. A todo esto, se suma la actual actitud del TC que, en mérito al citado primer precedente vinculante (STC 0987-2014-AA/TC), discrecionalmente ha rechazado, «liminarmente» más de 3000 recursos de agravios constitucionales que han residenciado los justiciables; sin que se les permita ejercer el derecho a la defensa (informe oral, por lo menos); y de hecho, la afectación del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, aspectos estos que violan el actual paradigma del control de convencionalidad. Con este marco y contexto, hoy la judicatura ordinaria tiene patente de curso para emitir en términos más expeditivos, sendos rechazos liminares.

Todo este campo de Agramante y confusión se superaría si los jueces de primera instancia, al calificar la demanda, tuvieran un criterio objetivamente escrutador de ver en qué casos se debe admitir; y en qué supuestos rechazar liminarmente. La impresión que existe en los estra-

dos judiciales es que muchos plantean el amparo debiendo ir por otras vías; pero de un universo que puede llegar a los jueces en el día a día, varios efectivamente corresponden ser admitidos y, en su caso, estimado el amparo en cuestión.

Lo que sigue a continuación, que son reflexiones que ya se han venido esgrimiendo, es una propuesta de cómo debe ser la labor de los jueces del amparo en materia de admitir o no este tipo de procesos constitucionales. Veamos *in extenso* este tópico.

1. El rechazo liminar de la demanda: orígenes, concepto y fundamento

Conceptualmente, el rechazo liminar de la demanda puede ser definido como aquel poder jurisdiccional de que dispone el juez para rechazar *de plano* la demanda (esto es, sin activar el contradictorio), cuando existe un manifiesto incumplimiento de uno o más presupuestos procesales, entendidos estos como aquellos supuestos cuya concurrencia es necesaria para que pueda constituirse un proceso válido o una relación procesal válida¹. De este modo, el examen de estos requisitos supone un «proceso al proceso», pues el juez analiza su regularidad como condición previa para resolver el fondo del asunto planteado.

Es común afirmar en doctrina que esta institución obedece al modelo publicístico de proceso que tiene al juez como principal conductor del *iter* procesal; afirmación que es fácilmente constatable si atendemos al hecho de que, con una declaración de este tipo, el juez apunta a controlar la actividad procesal del demandante (principio de dirección judicial) a fin de conseguir la tutela efectiva de sus derechos fundamentales (principalmente, en su dimensión objetiva), evitando así generar una numerosa carga procesal, y exonerando al demandante de transitar por un proceso laxo y dispendioso al final del cual se de-

¹ VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 2° edición, 2006, p. 80.

clare una improcedencia que pudo ser advertida de antemano²; entre otros. Por lo demás, como bien señala Fairén Guillén, el deber de velar por la existencia de los presupuestos procesales, no solo se cumple en beneficio de las partes, sino en el de la economía procesal, que interesa a toda la comunidad en su conjunto, objetivo que es ajeno a cualquier ideología política autoritaria³.

La autoría de esta singular potestad jurisdiccional debe ser reconocida a la doctrina procesal portuguesa (la denominada «revolución procesal» de 1926), y más concretamente, al profesor lusitano José Alberto dos Reis, para quien este instituto se justificaba en la necesidad de aumentar los poderes del juez, transformándolo de inerte espectador en persona activa; evitar el dispendio inútil de actividades procesales; y obligar al juez a tomar conocimiento desde el inicio de la causa⁴. Este poder de «sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso», como era descrito por el citado autor, fue luego trasladado al Código Procesal Civil portugués de 1939, cuyos artículos 193 y 481 desarrollaron en toda su amplitud el llamado poder de «indeferimento liminar». Una vez asentada la figura a nivel de la doctrina lusitana, ella trascendió a nivel regional en el Proyecto de Código Tipo para Iberoamérica, cuyo artículo 33, inciso 1 (facultades del Tribunal) señalaba:

² Con acierto, se precisa también que el instituto del rechazo liminar evita que, por expiración de los plazos legalmente previstos, el recurrente se vea impedido de continuar su litigio en la vía ordinaria, una vez descartado el amparo. Véase MERCEDES SERRA, María. «A propósito del rechazo “*in limine*” en el amparo», en: AA. VV. *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (art. 43 de la Constitución nacional)*. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 92.

³ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina general del derecho procesal*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 338.

⁴ DOS REIS, José Alberto. «La riforma del processo civile portoghese», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Italia, tomo I, 1930, p. 161. Citado por ARIANO DEHO, Eugenia. «¿Diez años de “eugenesia” procesal? Los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil», en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional, Lima, 2003*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial - Universidad de Lima, 2003, p. 120.

El Tribunal está facultado para rechazar *in limine* la demanda cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando careciera de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercitara una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y esta haya vencido». A juicio de los autores del Código Modelo, esta facultad exigía no solo que se analice liminarmente los aspectos formales (externos), sino el contenido de la petición inicial; vale decir, no solo la admisibilidad, sino además la fundabilidad; siendo este un caso extremo el cual surge objetivamente dicha improponibilidad.⁵

En definitiva, es con arreglo a esta doctrina procesal contemporánea que la figura del rechazo liminar tuvo acogida en distintos ordenamientos jurídicos, como es el caso peruano, que la adoptó por primera vez al entrar en vigencia los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil, de 1993⁶. Pero, más allá de esta recepción normativa, que con seguridad puede predicarse también respecto de otros ordenamientos, interesa cuestionarse cuál viene a ser el fundamento constitucional de esta singular potestad jurisdiccional⁷, teniendo en cuenta el lugar que ocupa hoy por hoy, en el Estado constitucional, el proceso⁸ en tanto que mecanismo institucional idealmente orientado a pacificar las controversias jurídicas.

39

Es patente, a nuestro modo de ver, que ese valor o principio que la institución del rechazo liminar se endereza a optimizar es el derecho

⁵ BERTOLINO, L. «Relaciones entre demanda manifiestamente improponible, poderes del Tribunal y derecho al proceso», en: *Un Codice-Tipo de procedura civile per l'America Latina. Congresso Internazionale. Comunicazioni*. Roma, 1988, p. 53. Citado por ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.*, p. 123.

⁶ Cabe destacar que esta figura también está contemplada en la Ley Procesal de Trabajo (artículo 18) y Ley 27584, que regula el proceso contencioso administrativo (artículo 21); además, como veremos luego, en el Código Procesal Constitucional.

⁷ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenia. *Teoría general del derecho procesal*. Bogotá: Temis, 4° edición, 2008, pp. 229 y ss.

⁸ VARELA A., Casimiro. *Fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, pp. 59 y ss.; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (coordinador). *Proceso y Constitución*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

a la tutela jurisdiccional efectiva⁹. Pero esto implica asumir, por paradójico que resulte, que el rechazo liminar puede llegar a convertirse también en un límite (constitucionalmente válido o no, es algo que puede discutirse) para otra dimensión de ese mismo derecho, como lo es el derecho de acceso a la justicia. Y es que, en efecto, si caemos en la cuenta de que el juez, al rechazar liminarmente una demanda, no hace otra cosa que negar (si bien motivadamente) el acceso a la justicia que le asiste al demandante, podremos apreciar que un uso desmedido o tergiversado de esta potestad jurisdiccional puede llegar a generar serios perjuicios en la esfera jurídica del accionante, so pretexto de no atiborrar a los tribunales de justicia de causas indefectiblemente condenadas al fracaso¹⁰.

Es por ello que no le falta razón a algún sector de la doctrina cuando afirma que, bajo la institución de la figura del rechazo liminar de la demanda, se esconde un velado «paternalismo» jurídico procesal, que acaso podría ser suplido a través de la habilitación de un sistema

⁹ En igual sentido, otros autores, como PRIORI POSADA, agregan como interés tutelado por el rechazo liminar a la dignidad humana. Y así, argumenta que «es tan importante acceder al proceso como obtener al término de él una decisión definitiva que se pronuncie sobre el conflicto de intereses planteado, brindando una oportuna y adecuada protección a la situación jurídico-material [...] Supone una grave afectación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el tener que transitar por todo el proceso y, recién al término de él, encontrar una resolución que advierta la ausencia de un presupuesto procesal que pudo ser advertida desde su inicio por el juzgador» Véase PRIORI POSADA, Giovanni y ARIANO DEHO, Eugenia: «¿Rechazando la justicia? El derecho de acceso a la justicia y el rechazo liminar de la demanda», en *Themis*. Época 2, N° 57, 2009, p. 105.

¹⁰ Nos encontraríamos, virtualmente, ante una *paradoja praxiológica*: para llegar a la meta, se utilizan métodos que impiden llegar a la meta; esto es, si bien el rechazo *in limine* presupone no afectar al justiciable demandante, evitándole transitar por un proceso que, a la larga, va a ser declarado improcedente, con ello curiosamente se le impide acceder al derecho a la jurisdicción. El rechazo *in limine* no es, en consecuencia, un tema procesalmente pacífico. Cualquier opción que asuma el juez puede ser discutible: si se rechaza la demanda, de una u otra manera se está en contravención con el principio *pro actione* (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) pues la prudencia judicial aconseja que es preferible dar curso al amparo ante que rechazarlo *ab initio*; si se admite y luego, después de un largo proceso se resuelve desestimar la demanda, debía preverse no admitirlo.

efectivo de excepciones procesales a cargo del demandado¹¹. Más aún, para otros autores, resulta válido afirmar, con criterio apodíctico, que «siempre es preferible un litigante equivocado a una justicia prohibitiva y menospreciadora»¹².

Bien es verdad, sin embargo, que como ha sido expuesto por nuestro Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el derecho de acceso a la justicia es un derecho de configuración legal, lo cual conlleva «que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, las cuales no pueden constituir un obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetarse siempre su contenido esencial, así como tampoco nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio, solo puede regularse por ley»¹³. En esencia, pues, el derecho de acceso a la justicia «se agota en la posibilidad de acceder a la jurisdicción para obtener un pronunciamiento institucionalizado y fundado en derecho, el cual puede consistir en denegar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión ante el incumplimiento de algún presupuesto procesal»¹⁴.

Y en este aspecto, basta con acudir a la doctrina procesal más autorizada para comprobar que la acción, antes bien que un derecho a obtener un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto con-

¹¹ En efecto, a decir de ARIANO DEHO, para lograr una verdadera economía procesal y liberar al juez de primera instancia del control previo de la demanda, debería dejarse al demandado que se comporte diligentemente y plantee él, de ser el caso, las cuestiones procesales que estime conveniente, dejando que el contradictorio funcione. Sostiene, por tanto, que las demandas deben ser sí «controladas», pero por el más implacable de todos los «jueces»: su destinatario, el demandado. ARIANO DEHO, Eugenia: «¿Diez años de “eugenesia” procesal?...». *Op. cit.*, pp. 133-135.

¹² FIORINI, Bartolomé. «Acción de amparo», en: *La Ley*. N° 124, p. 1367. Citado por: SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Buenos Aires: Astrea, 4° edición, t. III, 1995, p. 303.

¹³ RTC 02438-2005-PA/TC, f. j. 6.

¹⁴ STC 0265-2000-PA/TC, f. j. 2.

trovertido, es un poder que se agota con la demanda, acto procesal que puede y debe estar sujeto a una serie de requisitos para su procedencia o admisibilidad, a fin de cautelar los múltiples valores e intereses que tienen lugar en el ámbito de la actividad jurisdiccional del Estado. Es así como el derecho de acción puede ser conceptualizado de forma autónoma respecto del derecho material llevado al juicio, lo que supone admitir que aquel no implica el derecho a la sustanciación íntegra, completa y acabada del juicio promovido. A resultas de ello, el rechazo *in limine* no afecta la esencia del derecho de acción, porque este «no involucra el derecho a la sustanciación íntegra»¹⁵.

42

Todo ello explica bien por qué exigencias clásicas en el ámbito de la teoría general del proceso tales como la concurrencia de los «presupuestos procesales» (requisitos para que se genere una relación jurídica procesal válida) y «condiciones de la acción» (que permiten al juez expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo) en el ámbito de los procesos judiciales, resultan plenamente justificadas no solo desde un punto de vista constitucional, sino también a la luz de la lógica que tales procesos comparten, que es dilucidar aquellas causas que cuenten con una mínima relevancia jurídica.

Lo expuesto, sin embargo, no implica desconocer las posibles distorsiones de que puede ser pasible esta importante institución procesal, las que seguramente no son imputables a su propio diseño, cuanto a la propia caracterización del ordenamiento jurídico particular de que se trate. Así por ejemplo, suele mencionarse que el reconocimiento normativo del rechazo liminar puede crear, entre otras dificultades, las siguientes: a) en primer lugar, un cuello de botella al comienzo del proceso; b) una cierta tendencia en los jueces a buscar la «forma» incumplida o el «anexo» no anexado para no admitir una demanda, como consecuencia de la cultura formalista que los caracteriza; y c) como

¹⁵ PEYRANO, Jorge. *Derecho procesal civil*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1995, p. 227.

quiera que el rechazo liminar no impide al frustrado demandante que la vuelva a interponer, tal figura puede incentivar el *forum shopping* (esto es, la interposición de varias demandas con el ánimo de encontrar un «juez amigable»), con el agregado de que si el porfiado actor logra que su demanda sea admitida, el demandado no sabría que una o más demandas precedentes fueron rechazadas liminarmente, situación que induce a que, en vez de apelar, el demandante opte por plantear una nueva demanda, siempre que ello fuere posible¹⁶.

Sea como fuere, nos parece claro que «sostener que la única forma de respetar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es llegar al dictado de una sentencia, equivale a la más absoluta negación del carácter científico y autónomo del derecho procesal de su innegable utilidad dentro del sistema de impartición de justicia. Ello es así, porque tal y como hemos propuesto antes, es imprescindible entender y convencernos de que dentro de todo proceso civil se presentan dos tipos de controversia, una estrictamente procesal y otra referida al fondo del reclamo planteado. Por ello, el orden natural de las cosas impone la necesidad de que el juez, antes de abocarse a analizar el tema de fondo, verifique previamente si se encuentra frente a una relación jurídica procesal libre de defectos o vicios, para con ello, cerrar esa etapa del proceso sin posibilidad de discusión posterior en torno a ella (preclusión) y dedicarse de lleno a analizar la materia controvertida»¹⁷.

De ahí que, como se ha hecho en la experiencia comparada, resulte necesario distinguir entre el rechazo *in limine* de la acción, de la demanda y de la pretensión. Situados en ese contexto, hablar de la primera hipótesis (rechazo liminar de la acción) resultaría un imposible jurídico, porque siempre la acción incoada genera un proceso que,

¹⁶ ARIANO DEHO, Eugenia: «¿Diez años de “eugenesia” procesal?...». *Op. cit.*, pp. 126-130.

¹⁷ YAYA ZUMAETA, Iván. «Improcedencia liminar y saneamiento procesal vs. tutela jurisdiccional efectiva. Apuntes sobre un antagonismo, en realidad, inexistente», en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 15, 2010, pp. 295-296.

aunque no llegue a su fin, pone siempre en movimiento la actividad jurisdiccional. En cambio, las alocuciones restantes (rechazo liminar de la demanda y de la pretensión), se adecuan mejor a las definiciones antes brindadas, puesto que tanto la demanda cuanto las pretensiones, son actos de iniciación de un proceso, que se puede no darle curso en esa instancia temporariamente, frente a la comprobación del incumplimiento manifiesto de algún requisito de procedencia¹⁸. En opinión de Peyrano, el rigor el rechazo *in limine* no recae sobre la demanda (que es un mero acto de iniciación procesal), sino sobre la pretensión, que es el objeto del proceso¹⁹.

Por lo demás, compartimos el criterio asumido por Néstor Pedro Sagüés, quien esgrime que el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo reconocido en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, no es incompatible con el rechazo liminar de acciones que padezcan del vicio de manifiesta inadmisibilidad. En su concepto, si una pretensión es ostensiblemente inviable, no tiene sensatamente por qué estar cubierta por el principio de tutela judicial efectiva, pues no debe tutelarse lo francamente inadmisibile²⁰.

2. El rechazo liminar de la demanda en los procesos constitucionales

La especial naturaleza que revisten los procesos constitucionales, y en particular aquellos dirigidos a brindar una tutela efectiva de los derechos y libertades que nuestra Constitución consagra, no los debería hacer inmunes a reconocer en su procedimiento el poder de rechazo liminar en manos del juez constitucional. Antes bien, en orden a no desnaturalizar sus propósitos, parece del todo razonable establecer esta facultad como una forma de reservar la justicia constitucional para la atención de casos verdaderamente urgentes y perentorios.

¹⁸ MERCEDES SERRA, María. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁹ PEYRANO, Jorge. *Op. cit.*, p. 221.

²⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Compendio de derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 495.

Así también lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en el *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*²¹, ha interpretado que es deber de los Estados impedir que el diseño procesal del amparo permita su desnaturalización o utilización como recurso meramente dilatorio. En efecto, al comprobar nuevamente²² que en el Estado de Guatemala los jueces no estaban obligados a analizar previamente los requisitos de admisibilidad, sino que una vez interpuesto el recurso de amparo el fondo del mismo debía ser tramitado (aun si se tratara de una demanda manifiestamente improcedente), la Corte concluyó que tal circunstancia había facilitado una interposición indiscriminada (abusiva) de recursos de amparo por parte de los imputados en el caso, los cuales habían sido finalmente denegados y declarados improcedentes por no cumplir con los presupuestos procesales establecidos en la ley²³. En tal sentido, consideró que el Estado guatemalteco había violado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, que configuran el acceso a la justicia de las víctimas, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Justificado pues el instituto del rechazo liminar en los procesos constitucionales, es conveniente revisar ahora, cuando menos a nivel

²¹ Caso de la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 24 de noviembre de 2009, Serie C, N° 211.

²² Un primer pronunciamiento de la Corte respecto a la regulación legal del proceso de amparo en Guatemala fue el emitido en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101, en que se detectó esta misma deficiencia en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de ese país. En concreto, dicho Tribunal estimó que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo –concluyó la Corte– si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial; lo que conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos (párrafo 211).

²³ Caso de la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 24 de noviembre de 2009, Serie C, N° 211, párrafo 109.

meramente exegético, la regulación que existe en algunos ordenamientos jurídicos (o mejor, los más rescatables) sobre el particular.

2.1. Experiencia comparada

En el caso de Argentina, el artículo 3 de la Ley 16986 dispone que «[s]i la acción fuese manifiestamente inadmisibile, el juez la rechazará sin substanciación, ordenando el archivo de las actuaciones». A su vez, según el artículo 2 de esta misma Ley, la acción de amparo no será admisible cuando: «a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate; b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley 16970; c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado; d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas; y e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse».

46

A pesar de este reconocimiento legal expreso, autores como Peyrano han insistido en que el instituto del rechazo liminar es una «facultad judicial implícita» derivada de los principios de autoridad y economía procesal, que permite a los juzgadores repeler desde el comienzo una demanda toda vez que, advirtiendo inicialmente su total improcedencia, darle curso importaría simplemente un inútil desgaste de actividad jurisdiccional²⁴. Y es así como se ha sustentado que el rechazo liminar del amparo procedería en cuatro supuestos: a) por falta de requisitos de procedibilidad (requisitos formales); b) por falta de

²⁴ PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil. Principio y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea, 1978, pp. 71 y ss.

condiciones de fundamentación (improponibilidad objetiva, que incluye la improponibilidad fáctica, objeto imposible, ilícito, contrario a la moral o a las buenas costumbres); c) por no ser el amparo la vía idónea; y d) por ausencia de legitimación procesal²⁵.

Interpretando esta disposición legal, el profesor Néstor Pedro Sagüés ha señalado que no es una obligación del juez del trámite rechazar la demanda al amparo del artículo 2, sino una facultad meramente discrecional que debe aquilatar. Asimismo, señala que algunos de los motivos de inadmisibilidad o improcedencia previstos en la ley ofrecen una cierta controversia, siendo muestra de ello la tesis de la Corte Suprema de ese país, según la cual resultaría incongruente rechazar inicialmente un amparo «por tratarse de un asunto presuntamente complejo», sin haber oído antes al accionante²⁶.

Por el contrario, algunos otros autores como Osvaldo Alfredo Gozaíni son de la opinión de que, a pesar de lo previsto en la ley, en ningún caso procedería declarar el rechazo *in limine* del amparo. Y en su lugar, propone la teoría de la reconducción, que pretende eliminar la discrecionalidad abusiva de las resoluciones que carecen de motivación suficiente, tesis que está compuesta de dos premisas: a) si el amparo se rechaza *in limine* por cuestiones formales, se deben indicar cuáles son; y b) si se trata de la existencia de una vía judicial más idónea, ha de indicarse cuál es la pertinente «porque es antijurídico obligar al litigante a intentar una acción poco conocida si tenía a su disposición una vía procesal clásica prevista constitucionalmente, como el amparo»²⁷.

En el caso de España, el artículo 50 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, señala que «[e]l recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite, la Sección, por una-

²⁵ DÍAZ, Silvia Adriana. *Acción de amparo*. Buenos Aires: La Ley, 2001, pp. 158-161.

²⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Op. cit.*, pp. 306-309.

²⁷ GOZAÍN, Osvaldo Alfredo. *Amparo. Derecho procesal constitucional: doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004, pp. 420-421.

nimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49; y b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Igualmente, este mismo artículo dispone que cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la sección trasladará la decisión a la sala respectiva para su resolución. Asimismo, se señala que las providencias de inadmisión, adoptadas por las secciones o las salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. A su vez, estas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días, recurso que se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna.

48

En consecuencia, la normativa española permite decretar la no admisibilidad de la demanda no solo por la existencia de vicios procesales (extemporaneidad, falta de legitimación, falta de agotamiento de la vía previa, etc.), sino también por razones de fondo²⁸, tal como que la demanda carezca de especial trascendencia constitucional; todo lo cual ha ocasionado que la inmensa mayoría de los recursos de amparo

²⁸ Así, Andrés GUTIÉRREZ GIL expresa que «tales facultades de inadmisión encuentran su razón de ser en el carácter extraordinario del recurso de amparo y en la previsión de la abundante carga de trabajo que habría de pesar sobre el Tribunal Constitucional, facilitándose por ello la simplificación de su labor en la fase inicial, al poder el Tribunal examinar *ab initio* tanto el cumplimiento de los requisitos formales y procesales como la viabilidad sustancial de la pretensión de amparo». En: GONZÁLES RIVAS, Juan José (director-coordinador). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: La Ley, 2010, p. 548.

resulten inadmitidos a trámite (cerca del 95 % de los interpuestos)²⁹. Se trata de la denominada «objetivación del amparo», introducida vía la reforma legal propiciada por la Ley Orgánica 6/2007, en virtud de la cual el amparo deja de ser un instrumento dirigido a la reparación en sede constitucional de las lesiones de derechos sufridas por los recurrentes, para convertirse en un mecanismo más de defensa objetiva de la constitucionalidad del sistema, esto es, en un mecanismo de garantía de la primacía normativa de la Constitución³⁰.

Pero, además, esta reforma ha propiciado una suerte de «inversión del trámite de admisión», porque mientras la normativa anterior obligaba a la Sección a decidir la inadmisión del recurso, ahora se dispone que el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. Por tanto, la reforma se decanta por una selección en positivo³¹.

En el caso de Alemania, el artículo 24 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, señala lo siguiente: «[l]as solicitudes inadmisibles u ostensiblemente infundadas, pueden ser rechazadas por decisión unánime del tribunal. La decisión no requiere motivación alguna cuando el solicitante ha sido informado previamente de las dudas sobre la admisibilidad o motivación de su solicitud».

49

Por su parte, el artículo 93.a de la Ley señala que el recurso de amparo deberá ser admitido por vía de decisión. Y en ese sentido, deberá ser admitido por decisión: a) en la medida en que se le atribuya un contenido constitucional; b) cuando sea conveniente para dar cum-

²⁹ PÉREZ TREMPs, Pablo. *Los procesos constitucionales. La experiencia española*. Lima: Palestra, 2006, p. 136. Cabe señalar que, antes de la reforma, existían otras causales referidas, por ejemplo, a la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal Constitucional desestimando un supuesto similar al planteado.

³⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 87-88.

³¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Op. cit.*, p. 106.

plimiento a los derechos citados en el artículo 91.1; esto será también del caso, cuando el rechazo de la decisión de fondo le cause un grave perjuicio al recurrente. A todo ello hay que agregar que, según el artículo 93.d de la misma Ley: «[l]a inadmisión del recurso de amparo no requiere de motivación». Así, de acuerdo con las estadísticas, se puede constatar que las Secciones rechazan en torno a un 97 % de los recursos de amparo en Alemania³².

En el caso de Costa Rica, rige el artículo 9 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, que dispone lo siguiente: «La Sala Constitucional rechazará de plano cualquier gestión manifestamente improcedente o infundada. Podrá también rechazarla por el fondo en cualquier momento, incluso desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada; en este caso siempre que no encontrare motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión. Asimismo, podrá acogerla interlocutoriamente cuando considere suficiente fundarla en principios o normas evidentes o en sus propios precedentes o jurisprudencia, pero si se tratare de recursos de hábeas corpus o de amparo deberá esperar la defensa del demandado».

50

Asimismo, el artículo 42 de esta misma Ley señala que:

[S]i el recurso fuere oscuro, de manera que no pudiese establecerse el hecho que lo motiva, o no llenare los requisitos indicados, se prevendrá al recurrente que corrija los defectos dentro de tercero día, los cuales deberán señalarse concretamente en la misma resolución.

Si no los corrigiere, el recurso será rechazado de plano³³.

³² HÄBERLE, Peter: «El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania». En: FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *El derecho de amparo en el mundo*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México - Porrúa - Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 743.

³³ Un panorama orgánico puede verse en HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. «El recurso de

En el caso de Ecuador, el artículo 42 de la Ley de Garantías Constitucionales de 2009 señala que la acción de protección de derechos no procede en diversos supuestos, que menciona taxativamente, agregando que «[e]n estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma»³⁴.

En el caso de Bolivia, la Ley 027, del Tribunal Constitucional Plurinacional, crea una Comisión de Admisión, que está diseñada por tres magistrados que desempeñan sus funciones de manera rotativa y obligatoria. La función principal de esta comisión –indica la ley– es la de admitir, en el plazo de tres días, la acción, recurso o consulta formulado ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, cuando cumplan con los requisitos exigibles en cada caso (artículo 54, inciso 1). Esta comisión opera a través de «autos constitucionales» que, según el artículo 39.3 de la ley, son decisiones de admisión o rechazo de la demanda. En tal sentido, el artículo 74 de la ley señala taxativamente cuáles son aquellos supuestos de improcedencia de la acción de amparo constitucional.

51

La anterior legislación (Ley 1836, del Tribunal Constitucional) disponía en su artículo 98, de un modo similar a lo que hoy está vigente, que el Tribunal o juez competente debía admitir el recurso de amparo que cumpla los requisitos de forma y fondo exigidos en la ley, en cuyo caso contrario será rechazado. Al amparo de este dispositivo, el Tribunal Constitucional boliviano entendió que «los requisitos exigidos [...] están destinados a evitar el inicio de un procedimiento que carezca de los elementos básicos necesarios para decidir sobre la pretensión jurídica deducida; sea para estimarla o desestimarla» (STC 0505/2005). Cabe señalar que en el AC 107/2006, el mismo Tribunal admitió que

amparo en Costa Rica», en: FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 257 y ss.

³⁴ Igual, puede apreciarse en SALGADO PESANTES, Hernán. «La garantía de amparo en el Ecuador», en: FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 305 y ss.

las causales establecidas en al ley no eran *numerus clausus*, al advertir que «el análisis formal previo del recurso de amparo constitucional, no debe ser aislado, sino integral; es decir, que no solo se debe tener en cuenta las normas previstas en la Constitución Política del Perú y la Ley del Tribunal Constitucional; sino también el desarrollo de la doctrina o jurisprudencia constitucional»³⁵.

En el caso de Honduras, el artículo 36 de la Ley de Amparo (Decreto 9) señala que el recurso de amparo es improcedente en determinados supuestos, agregando que «[e]l Juez o Tribunal rechazará de plano la demanda de amparo que fuese improcedente» y que «[d]entro del trámite sobreseerá las diligencias tan luego como consten en autos la causal de improcedencia». En el mismo sentido, el artículo 46 de la Ley sobre Justicia Constitucional señala que es inadmisibile el recurso de amparo en nueve supuestos, añadiendo que «[e]l órgano jurisdiccional rechazará de plano la demanda de amparo que fuese inadmisibile» y que «[d]entro del trámite sobreseerá las diligencias tan luego como conste en autos la causal de inadmisibilidada». Cabe señalar que el artículo 3 de esta misma Ley dispone que «[l]a repetición de una demanda de amparo fundada en los mismos hechos y en las mismas consideraciones legales de la anterior, será desestimada de plano»³⁶.

52

En el caso de Guatemala, como vimos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado hasta en dos oportunidades en torno al uso abusivo del que viene siendo víctima el recuso de ampa-

³⁵ RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio: «El amparo constitucional en Bolivia». En: FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 31 y ss., específicamente p. 115.

³⁶ Similar postura expresa Ecuador, cuya ley prohíbe que se interponga más de una pretensión de amparo sobre la misma materia y con el mismo objeto, pues tal actuación entrañaría mala fe y podría dar lugar a resoluciones contradictorias e inejecutables. *Vid.* SALGADO PESANTES, Hernán: «La garantía de amparo en el Ecuador». En: FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo FERRER MAC-GREGOR. *Op. cit.*, p. 326.

ro, a causa de su actual diseño normativo³⁷. Ello ha ocasionado que el Congreso de la República presente ante la Corte de Constitucionalidad de ese país, un proyecto de ley que pretende reformar el proceso de amparo (Proyecto de Ley 3319), a resultas de lo cual dicha Corte emitió una opinión consultiva (dictamen recaído en el Expediente 0908-2008, del 5 de marzo de 2009), pronunciándose favorablemente respecto de seis propuestas, proponiendo cambios en cuatro de ellas, y agregando un artículo adicional. No obstante, este proyecto no prosperó en el Congreso. Cabe señalar que, en la actualidad, existen otras propuestas que todavía se encuentran en debate (entre otras, los proyectos de Ley 4289, de 2011; y 4020, de 2009)³⁸.

En el caso de México, el artículo 145 de la Ley de Amparo dispone expresamente que «[e]l juez de Distrito examinará ante todo, el escrito de demanda; y si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará de plano, sin suspender el acto reclamado». De modo similar, el artículo 177 dispone que «[e]l Tribunal colegiado de Circuito examinará, ante todo, la demanda de amparo; y si encuentra motivos manifiestos de improcedencia, la desechará de plano y comunicará su resolución a la autoridad responsable». Cabe mencionar que las causales de improcedencia en el juicio de amparo mexicano se hallan reguladas en el artículo 73 de la Ley de Amparo, y las causales de sobreseimiento, en su artículo 74.

³⁷ Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 25 de noviembre de 2003, serie C, N° 101; y caso de la *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 24 de noviembre de 2009, serie C, N° 211.

³⁸ En su Resolución de fecha 6 de julio de 2011, de supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 18, la Corte Interamericana ha considerado que el Estado de Guatemala debe informar sobre las nuevas iniciativas, acciones y medidas concretas y sus resultados para avanzar en el proceso de reforma de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y sobre las medidas que ha adoptado para garantizar el uso efectivo del recurso de amparo, mientras se produce la reforma de la ley correspondiente, a fin de evaluar la medida de reparación ordenada por la Corte.

De estas disposiciones normativas, de cuyo texto la doctrina deriva el «principio de las improcedencias de la acción de amparo», se puede concluir, en palabras de Juventino Castro, que la instancia que se acciona ante los tribunales de amparo está revestida de requisitos y condiciones que, si no se cumplimentan, decreta el fin del proceso, sin resolverse el fondo de la cuestión constitucional planteada por un quejoso³⁹. Intentando justificar esta institución, Estrada Rodríguez explica que «la procedencia del juicio constitucional (de amparo) está supeditada a la concurrencia de ciertas cualidades intrínsecas del acto que el promovente reputa violatorio de sus garantías, pues la Constitución General de la República y la Ley de Amparo han estimado conveniente restringir, mediante reglamentación limitativa, la procedencia de la acción de garantías, con la finalidad de evitar su abuso, que suele traducirse casi siempre en el entorpecimiento de la actuación de las autoridades y, para tal efecto, la ley fija detallada y limitadamente los casos en que las violaciones de garantías constitucionales pueden ser sometidos a la ley de amparo»⁴⁰. Por su parte, Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor⁴¹, haciendo un trabajo de esquematización, formulan una clasificación tripartita para analizar las causales de improcedencia en el juicio de amparo: improcedencias constitucionales, legales y jurisprudenciales. Así, dentro de las improcedencias que pueden derivarse de la Constitución mexicana, los autores identifican a las siguientes tres: a) cuando se trata de la expulsión de extranjeros (artículo 33); b) en materia electoral (artículos 60 y 99 párrafo cuarto); y c) en materia de juicio político y declaración de procedencia (artículo 110 párrafo último). Asimismo, sobre la base de las improcedencias legales que contempla

³⁹ CASTRO, Juventino. *El sistema de derecho de amparo*. México D.F.: Porrúa, 2ª edición 1992, p. 120.

⁴⁰ ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. *Los supuestos de procedencia del juicio de amparo*. México: Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, 2002, p. 24.

⁴¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Derecho de amparo*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México - Porrúa, 2011, pp. 154-177.

el artículo 73 de la Ley de Amparo, los autores realizan la siguiente clasificación: a) contra actos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (fracción I); b) contra actos procedentes de otro juicio de amparo (fracción II); c) contra actos de naturaleza política (fracciones VII y VIII); d) por razón de litispendencia (fracción III); e) por razón de la cosa juzgada (fracción IV); f) por razón de falta de agravio personal y directo (fracciones V y VI); g) por consumación irreparable del acto reclamado (fracciones IX y X); h) por consentimiento expreso o tácito del acto reclamado (fracciones XI y XII); i) por violación al principio de definitividad (fracciones XIII, XIV y XV); j) por cesación de los efectos del acto reclamado y por dejar de subsistir su materia (fracción XVII); k) por razón de alguna disposición legal (fracción XVIII). Finalmente, son causales de improcedencia de orden jurisprudencial, las siguientes: a) contra actos de particulares; b) contra actos del propio poder; c) contra actos futuros y actos probables; d) contra actos derivados de actos consentidos; e) contra el acto de admisión de una demanda, al no ser un acto del procedimiento que deje en estado de indefensión ni tener el carácter de irreparable; entre otras. En el caso de Brasil, el artículo 8 de la Ley 12016 de 2009, que regula el mandamiento de seguridad individual y colectivo, dispone que la demanda será rechazada inmediatamente, por decisión motivada, «cuando no fuera caso» de mandamiento de seguridad, falten algunos requisitos legales, o haya vencido el plazo legal para interponerlo. Asimismo, en el párrafo único de este artículo, se señala que contra este «despacho de indeferimento», cabe interponer recurso de apelación⁴².

Sin embargo, como anotan Lopes Meirelles, Wald y Ferreira Mendes, en virtud de la nueva sistemática del Código Procesal Civil (artículo 284, párrafo único) el juez deberá primero, mandar corregir

⁴² La antigua Ley 1533, sobre disposiciones del Código Procesal Civil aplicables al mandamiento de seguridad, contenía una regulación similar, pero no establecía la obligación de motivar el «auto de indeferimento».

las fallas de la demanda inicial, en el plazo de diez días, luego de lo cual, ante la omisión de la parte, proferirá «*despacho indeferitorio*»⁴³.

En el caso de Colombia, el artículo 17 del Decreto 2591, que reglamenta la acción de tutela, señala que «[s]i no pudiere determinarse el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de tres días, los cuales deberán señalarse concretamente en la correspondiente providencia. Si no la corrigiere, la solicitud podrá ser rechazada de plano»⁴⁴.

En el caso de Chile, el Auto Acordado de 25 de mayo de 2007, expedido por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dispone lo siguiente:

Presentado el recurso, el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

56

Si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisibile desde luego por resolución fundada, la que solo será susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro del tercer día.⁴⁵

⁴³ LOPES MEIRELES, Hely; WALD, Arnaldo y FERREIRA MENDES, Gilmar. *Mandado de Segurança e Ações constitucionais*. São Paulo: Malheiros Edit., 32° edición, 2009, p. 84.

⁴⁴ En el caso colombiano, no obstante el prestigio de la Corte Constitucional de ese país, como ha anotado Catalina Botero, se impone una serie de reajustes y reformas a la acción de tutela, pues la gestión judicial resulta hoy más que dramática y alarmante [BOTERO MARINO, Catalina. «La acción de tutela en Colombia: ajuste necesarios y cautelas indispensables». En: ABAD YUPANQUI, Samuel y PÉREZ TREMP, Pablo. *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada*. Lima, Palestra, 2009, pp. 127-194.

⁴⁵ Anota Humberto NOGUEIRA ALCALÁ que «[d]icha normatividad vigente hasta junio de 2007, tuvo el objetivo de detener la inflación de recursos de protección presentados ante las Cortes de Apelaciones, logrando su finalidad, poniendo fin a recursos de protección claramente mal estructurados o no referentes a derechos fundamentales, pero también esta-

Finalmente, en el caso de Uruguay, el artículo 2 de la Ley 16011, de acción de amparo, señala que esta acción solo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal b del artículo 9 o cuando, si existieren, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho. Y señala: «[s]i la acción fuera manifiestamente improcedente, el Juez la rechazará sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones».

Al interpretar esta disposición normativa, la jurisprudencia uruguaya ha sido clara en señalar que el rechazo liminar de la acción por improponibilidad manifiesta debe quedar reservado para casos en que, seguir adelante el juicio, choque con el sentido común, dadas las manifestaciones del actor. Asimismo, ha enfatizado que ante la menor duda, debe posibilitarse el acceso a la sentencia definitiva, pues de lo contrario quedaría afectado el derecho de defensa. Ello determina, en suma, que el juez, por principio, debe actuar con actitud protectora, lo que equivale a afirmar que no puede resolver negativamente sin apreciar la totalidad del espectro jurídico del conflicto, la certeza del derecho y la existencia de la conducta lesiva⁴⁶.

bleció un margen apreciable de discrecionalidad de las cortes de apelaciones para apreciar la “manifiesta” falta de fundamento del recurso, la que ha sido entendida como falencias tanto de forma como de fondo, el que ha sido estrictamente aplicado, convirtiendo al recurso en una acción constitucional casi marginal, donde muchas veces es muy difícil sobrepasar el control de admisibilidad aplicado discrecionalmente por el tribunal respectivo, sin que existan criterios uniformes de general aplicación, cuando ya estamos cerca de una década de su implementación normativa. En análisis de la práctica jurisprudencial muestra, en una cantidad significativa de casos, que la resolución de inadmisibilidad ni siquiera explicita algún fundamento, con lo cual la discrecionalidad se transforma en arbitrariedad». NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «El recurso de protección. Consideraciones críticas sobre su actual regulación y la necesidad de una reforma», en: ABAD YUPANQUI, Samuel y Pablo PÉREZ TREMPES. *Op. cit.*, pp. 93-94.

⁴⁶ TAC 11, S. 63 y 168 de 20.V.1990 y I.X.1991, citados en BIASCO, Emilio: «El amparo general en Uruguay. Una garantía constitucional del goce de los bienes jurídicos», p. 119, disponible en: <<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/amparo.pdf>>, consultado el 15 de diciembre de 2012.

2.2. Breve recuento panorámico en torno al procedimiento de admisibilidad de los procesos de amparo

Como se ha podido apreciar *in extenso*, el problema de la admisibilidad y el rechazo *in limine* de la demanda de amparo no es, en absoluto, un asunto baladí. Muy por el contrario, es un tema crucial para el litigante, que ve en el rechazo liminar una posible afectación de su derecho de acceso a la justicia; para el juez del amparo, que tiene la enorme responsabilidad de optar entre admitir a trámite la demanda o rechazarla de plano, esto es, entre sus deberes de preferir la tutela subjetiva u objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva; y para el propio Tribunal Constitucional, que está en la necesidad permanente de formular criterios generales que pueda servir de aplicación para los órganos jurisdiccionales inferiores al momento de evaluar las causales de improcedencia en el amparo.

58

En ese sentido, Rubén Hernández Valle ha quintaesenciado cuatro aspectos que deben ser analizados en relación a la problemática que reviste la institución del rechazo liminar, a saber: a) la justificación de los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales; b) quién debe ejercer el control de admisibilidad; c) los alcances y límites del control de admisibilidad; y d) las potestades del órgano encargado de ejercer dicho control⁴⁷.

En esta oportunidad, nos interesa abordar este último punto, esto es, las potestades que tienen los jueces de amparo encargados de ejercer el control de admisibilidad. Sobre el particular, tomamos aquí, en versión libre, lo señalado por el profesor Hernández Valle, tal como se detalla a continuación⁴⁸:

a) Sistemas de jurisdicción constitucional donde los vicios en la interposición del amparo son subsanables en principio

⁴⁷ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción al derecho procesal constitucional*. México D.F.: Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 73-82.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 82-85.

Es nota común de estos sistemas el otorgar un plazo perentorio al demandante para que subsane los vicios incurridos en la demanda, a cuyo término, no habiendo ocurrido dicha subsanación, el juez del amparo rechaza de plano la demanda interpuesta. Como vimos anteriormente, este sería el caso de los ordenamientos de Colombia (artículo 17 del Decreto 2591) y Costa Rica (artículo 42 de la Ley de Jurisdicción Constitucional), entre otros.

b) Sistemas de jurisdicción constitucional donde las demandas de amparo con vicios insubsanables deben rechazarse de plano

De este modo, ante la constatación de un vicio manifiesto que, en pronóstico del juez, no podrá ser corregido por el demandante, se opta por otorgarle al juez del amparo la posibilidad de rechazar liminarmente la demanda, sin dar curso al contradictorio. Como ejemplos de estos sistemas, podemos mencionar los casos de Argentina (artículo 3 de la Ley 16986), México (artículos 145 y 177 de la Ley de Amparo), Ecuador (artículo 42 de la Ley de Garantías Constitucionales) y Honduras (artículo 36 de la Ley de Amparo), entre otros.

59

c) Sistemas de jurisdicción constitucional donde los vicios materiales de inadmisibilidad del amparo deben estar legalmente tasados

Para Hernández Valle, se trata este de uno de los puntos más álgidos en materia de admisibilidad en el juicio de amparo, debido a que el reconocimiento de causales de improcedencia de índole material puede dar lugar a una suerte de «decisionismo subjetivo» por parte de los jueces constitucionales⁴⁹. Por ello, aconseja que tales motivos deben estar tasados legalmente, si bien ello no impide que puedan expresarse mediante conceptos jurídicos indeterminados tales como «manifiestamente infundados», «contenido constitucional», «relevancia constitucional», etc. A tal fin, rescata el enorme valor que reditúan los precedente vinculantes, como criterio para resolver en forma negativa casos

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 82-83.

similares al planteado ante el juez de amparo. Son ejemplos preclaros de este tipo de sistemas, entre otros, los casos alemán (la referencia al «contenido esencial» estipulada en el artículo 93.a de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal) y español (específicamente, la «especial trascendencia constitucional» a que hace alusión el artículo 50 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional).

d) Sistemas de jurisdicción constitucional donde las resoluciones de inadmisibilidad deben estar motivadas o no

Mientras en algunos sistemas como el alemán las resoluciones de inadmisibilidad de amparo no requieren ser motivadas (artículo 24 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal), en otros sistemas tal exigencia sí se encuentra prevista (artículo 42 de Ley de Garantías Constitucionales ecuatoriana, Acuerdo de 25 de mayo de 2007 chilena, etc.). Sobre este aspecto, se ha resaltado que la fundamentación jurídica de la resolución de inadmisibilidad resulta absolutamente necesaria a efectos de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa por parte del demandante, si bien aquella no merece ser exhaustiva⁵⁰.

60

e) Sistemas de jurisdicción constitucional donde las resoluciones de inadmisibilidad del amparo carecen de recurso

En la generalidad de los casos, se admite que contra el auto de inadmisibilidad pueda interponerse el correspondiente recurso de apelación (artículos 50 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional español, artículo 15 de la Ley 16986 argentina) o de reposición ante el propio Tribunal Constitucional (Auto Acordado de 25 de mayo de 2007 de Chile). Sin embargo, Hernández Valle es de la opinión de que, en principio, tales resoluciones deben carecer de recurso alguno, «pues de lo contrario los tribunales constitucionales, en vez de descargar trabajo por esta vía, estarían duplicándolo»⁵¹.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 84.

⁵¹ *Ibid.*, 85.

En definitiva, y tal como salta a la vista, los sistemas procesales constitucionales a que pueden dar lugar los distintos tipos de régimen de rechazo liminar en los procesos constitucionales, son tan variados como disímiles, lo cual obedece a la política legislativa y jurisprudencial que resulta aconsejable con miras a la concreta situación de cada ordenamiento jurídico. Estamos así, pues, preparados para abordar el régimen del rechazo liminar en el caso peruano, a partir de una óptica más amplia y analítica.

2.3. Antecedentes legislativos

El rechazo *in limine* de la demanda de amparo no estuvo comprendido en la antigua Ley 23506, de manera que aun cuando era evidente que una pretensión de amparo era inviable, dicha inadmisibilidad manifiesta o improcedencia notoria se expresaba recién en el fallo, generando con ello una mayor carga procesal y a la vez falsas expectativas a los justiciables⁵². La carencia de este instituto procesal obligó a que el legislador la supliera mediante la Ley 25398. Así, el artículo 14 de dicha normativa establecía que «[c]uando la acción de garantía resultase manifiestamente improcedente por las causales señaladas en los artículos 6 y 37 de la Ley (23506), el juez puede rechazar de plano la acción incoada. En tal caso procede el recurso de apelación, el que se concede en ambos efectos y el recurso de nulidad».

61

En esta línea, debe recordarse que el citado artículo 6 de la Ley en mención establecía *in verbis* lo siguiente: «No proceden las acciones de garantía: 1) En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable; 2) Contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular; 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria; y 4) De las dependencias administrativas, incluyendo las em-

⁵² BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*. Lima: Grijley, 1996, pp. 341 y ss.

presas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones». De igual modo, el artículo 37 de la Ley 23506 prescribía que «[e]l ejercicio de la acción de amparo caduca a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento».

Se debe tener en cuenta también que el artículo 23 de la Ley 25398, Ley Complementaria a la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, señalaba en su día que «[c]uando la acción de amparo resulte manifiestamente improcedente por la causal señalada en el artículo 27 de la Ley y no fueran aplicables las excepciones del artículo 28 de la Ley, el juez denegará de plano la acción. Contra esta resolución proceden los recursos de apelación, el que se concede en ambos efectos y el de nulidad». Sobre este asunto, es preciso recordar que mientras el artículo 27 de la Ley 23506 prescribía que «[s]ólo procede la acción de amparo cuando se hayan agotado las vías previas», el artículo 28 establecía que «[n]o 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 pudiera convertirse en irreparable la agresión; 3) La vía previa no se encuentra regulada, o si ha sido iniciada, innecesariamente por el reclamante, sin estar obligado a hacerlo; 4) Si no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución».

62

2.4. El rechazo liminar de la demanda en el Código Procesal Constitucional

El reconocimiento legal del rechazo *in limine* de la demanda de amparo en nuestro ordenamiento jurídico se mantuvo con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, cuya correspondiente exposición de motivos explica y justifica la incorporación de esa figura procesal, en los términos que siguen:

En línea con los postulados actuales de regular los procesos constitucionales relacionados con la defensa de los derechos fundamentales, se ha acogido un procedimiento que concrete lo que la Comisión considera que debe ser el rasgo principal de aquellos: ser expresión de una tutela de urgencia. En tal sentido, el procedimiento propuesto privilegia una cognición sumaria de la cuestión debatida en reemplazo de la cognición plena, versión clásica de los procedimientos que tutelan derechos privados. Esto significa que, en la práctica, se opta por una justicia de probabilidad antes que por una justicia de certeza, es decir, llegar antes a una decisión final, aun con merma de un conocimiento completo e integral del tema a ser resuelto.

Sin embargo, siendo conscientes de que los procesos constitucionales suelen ser usados, de manera deliberada, para resolver conflictos que no son necesariamente de contenido constitucional, con el solo propósito de aprovechar precisamente su urgencia (celeridad), se ha puesto muy especial celo en construir un sistema que permita al Juez discernir aquellos casos en los que el agravio constitucional es solo la construcción jurídica realizada por el demandante para ‘amparizar’ la solución judicial de su conflicto. En tal sentido, se regula con extremo cuidado las distintas hipótesis de improcedencia de la demanda, esto es, de rechazo liminar de esta (artículos 5 y 47).⁵³

63

Es así como la figura del rechazo liminar de la demanda quedó ubicada en el capítulo del «Procedimiento» del amparo, concretamente en el artículo 47 del Código Procesal Constitucional, que señala:

Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código. También podrá hacerlo si la demanda se ha inter-

⁵³ AA. VV. *Código procesal constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Tercera edición. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2008, pp. 117-118.

puesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de este, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto.

Aparentemente, el fundamento para rechazar liminarmente una pretensión de amparo se encontraría en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional, en la medida en que el propio legislador ha expresado en términos más que enfáticos y explícitos que «[s]e podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código». El citado artículo del Código señala lo siguiente:

64

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;
5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;
6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;

7. 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;

8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno. La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.

9. 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;

10. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus.

De las normas antes glosadas, se puede deducir que la regulación del rechazo liminar prevista por el legislador comprende los siguientes criterios de aplicación:

a) En primer lugar, el momento procesal para que el juez constitucional declare la improcedencia liminar de la demanda es en la *etapa de calificación*. Por consiguiente, una vez admitida a trámite la demanda y corrido el traslado a la parte demandada, tal posibilidad se encuentra legalmente proscrita. Asimismo, y como resulta obvio, si el juez opta por expedir un auto de rechazo liminar, no podrá realizar un análisis sobre el fondo de la controversia, por no corresponder dicho pronunciamiento a ese estadio procesal⁵⁴.

⁵⁴ Cfr., entre otras, la RTC 04682-2007-PA/TC, f. j. 4-5.

b) En segundo lugar, el juez solo podrá rechazar liminarmente la demanda cuando pueda apreciar una *manifiesta improcedencia*. En ese sentido, la doctrina se ha encargado de distinguir entre una «simple causal de improcedencia» y el «estado de manifiesta improcedencia», a que alude el Código como requisito para emitir un auto de rechazo liminar⁵⁵. La primera posibilidad se configura cuando, para declarar la improcedencia, el juez analiza todos los actuados que obran en el expediente (principalmente, la demanda y su contestación). En cambio, la segunda posibilidad de las mencionadas (improcedencia manifiesta) consiste en la constatación, inmediata y sin mayor trámite, de la improcedencia que el juez aprecia del propio tenor de la demanda.

Ciertamente, lo dicho implica reconocer, como lo hace Sagüés, que si un amparo no es desestimado liminarmente, eso no impide que, una vez diligenciado el proceso, el juez del caso lo rechace al dictar la sentencia definitiva⁵⁶.

66

c) En tercer lugar, el juez tiene el *deber de fundamentar* el auto a través del cual declara el rechazo liminar de la demanda. Existe aquí una clara diferencia con la regulación prevista en el artículo 14 de la antigua Ley 25398, que solo exigía la concurrencia de un estado de manifiesta improcedencia.

Se ha dicho que la finalidad de esta disposición es «evitar excesos e impedir que violaciones al derecho constitucional manifiestamente notorios y de urgente protección, se vean afectados por una declaratoria de improcedencia incausada en supuestos que pueden ser opinables»⁵⁷. De ahí que, en reiteradas oportunidades, esta motivación sea analizada,

⁵⁵ SÁENZ DÁVALOS, Luis. «El régimen de rechazo liminar en los procesos de tutela de derechos. Evolución en su tratamiento y análisis de acuerdo a lo establecido en el Código Procesal Constitucional», en *Jus Constitucional*, N° 8, agosto de 2008, p. 75.

⁵⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Compendio de Derecho Procesal Constitucional. Op. cit.*, p. 494.

⁵⁷ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pp. 350-351.

cuando es insuficiente, por el Tribunal Constitucional, como presupuesto para declarar nulos los autos de rechazo liminar así expedidos⁵⁸; y en particular cuando, en vez de invocar alguna causal de improcedencia expresa, el juez recurre a fórmulas genéricas, que están igualmente prohibidas⁵⁹.

d) En cuarto lugar, el rechazo *in limine* constituye una *facultad* del juez constitucional, mas no una obligación. Esto se desprende del operador deóntico de la norma, cuya regulación no es imperativa, sino potestativa o discrecional: «si el juez [...] considera», «se podrá rechazar liminarmente una demanda [...]». Aunque, en realidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece asumir una concepción dualista de esta institución⁶⁰.

e) En quinto lugar, los *supuestos habilitantes* para declarar la improcedencia liminar de la demanda son, en principio, los siguientes dos: a) los casos previstos en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional (que, como vimos, reconoce un total de 10 incisos); y b) cuando no se acredita la remisión de la solicitud de rectificación, en los casos que el amparo invoque la afectación de este derecho.

67

En este punto, podría discutirse si el reconocimiento que el legislador ha realizado de estos dos supuestos conforman una lista taxativa o *numerus clausus* o si, más bien, es posible encontrar otras causales de improcedencia («simples» y, por tanto, también «manifiestas») que puedan derivarse de la propia naturaleza jurídica del proceso de amparo, en particular, así como de cualquier tipo de proceso, en general.

⁵⁸ Cfr., a guisa de ejemplo, la RTC 01743-2005-PA/TC, f. j. 3.

⁵⁹ Cfr., por ejemplo, la RTC 04706-2004-AA/TC, f. j. 2.

⁶⁰ En efecto, en reiteradas oportunidades, el Tribunal Constitucional ha señalado que «[t]odo juez al calificar una demanda se encuentra en el deber y tiene la potestad de verificar si esta satisface las exigencias de forma y fondo previstas en la ley, a efectos de garantizar la tutela procesal efectiva» [STC 02725-2006-PA/TC, f. j. 1; RTC 02245-2004-AA/TC, f. j. 4; entre otros].

En nuestro caso, creemos que esta lista no es taxativa, porque así lo exige la propia naturaleza de los procesos constitucionales, antes que lo previsto en la normativa legal correspondiente⁶¹. Dentro de esos supuestos «adicionales», podríamos mencionar los siguientes que se derivan del propio articulado del Código Procesal Constitucional: a) ausencia de legitimación para obrar (artículo 39); b) falta de competencia del órgano jurisdiccional (artículo 51); c) cuando no se acredita la violación o amenaza del derecho invocado, esto es, la inexistencia del acto lesivo (artículo 2); d) cuando la resolución judicial que se cuestiona no es firme o se consintió la afectación (artículo 4); cuando se invoca un derecho que no tiene sustento constitucional directo (artículo 38); entre otros.

f) En sexto lugar, el auto de rechazo liminar puede ser cuestionado a través del *recurso de apelación*. En este caso, el juez constitucional debe trasladar al demandado el recurso interpuesto por el accionante.

68

g) Finalmente, aunque esto solo en principio, el rechazo *in limine* solo procedería en el proceso constitucional de *amparo*. Decimos en principio, porque de alguna jurisprudencia, podemos derivar su admisión implícita en el *hábeas data* (STC 04602-2008-PHD/TC) y aun en otros procesos constitucionales de la libertad.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por su parte, ha quedado claramente establecido que el rechazo liminar de la demanda de amparo es «una alternativa a la que solo cabe acudir cuando no exista margen de duda respecto a su improcedencia, es decir, que

⁶¹ En este aspecto, compartimos el criterio asumido por Juventino CASTRO, en el sentido de que existirían improcedencias «constitucionales», «legales» y «jurisprudenciales». Ver CASTRO, Juventino. *Op. cit.*, pp. 120-121. Como se vio antes, más recientemente, y aun cuando sus reflexiones dimanaban de su primigenia tesis (*El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1964, pp. 391 y ss.), Héctor FIX-ZAMUDIO ha estampado al alimón con su discípulo directo Eduardo Ferrer MAC-GREGOR, tres grandes rubros de improcedencias, que son efectivamente constitucionales, legales y jurisprudenciales. Ver: FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Derecho de amparo*, Porrúa, México, 2011, p. 177.

de una manera manifiesta se configure una causal de improcedencia específicamente descrita en la norma que haga viable el rechazo de la demanda que se encuentra condenada al fracaso y que a su vez restringe la atención oportuna de otras demandas constitucionales que merecen un pronunciamiento urgente por el fondo»⁶²; afirmando que «cuando existan elementos de juicio que admitan un razonable margen de debate o discusión, la aplicación del dispositivo que establece tal rechazo liminar resultaría impertinente»⁶³.

En orden a lo expuesto, pues, si bien el rechazo *in limine* de la demanda persigue fines constitucionalmente plausibles⁶⁴, constituye, pues, una facultad de ejercicio excepcional (última ratio) por parte de los jueces constitucionales, siendo en todo caso de aplicación, en aquellos casos de duda, el principio *pro actione*, reconocido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el mismo que impone a tales jueces el deber 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 extinción⁶⁵.

69

2.5. Rechazo liminar de la demanda y contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional invocado

Un supuesto de improcedencia liminar que suscita especial controversia es el referido al artículo 5 inciso 1 del CPConst., esto

⁶² RTC 2922-2011-PA/TC, f. j. 5; entre otras.

⁶³ RTC 03674-2011-PA/TC, f. j. 4; entre otras.

⁶⁴ Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional resalta que, con la aplicación de esta institución, «se permite poner coto a conductas temerarias que buscan impedir el imperio del derecho con demandas, por ejemplo, dirigidas a destruir o entorpecer la ejecución de resoluciones firmes, judiciales o administrativas, a sabiendas de que no tienen futuro pero que pueden dar, ilegal o injustamente, algún tipo de beneficio inmediato con burla de la jurisdicción a cargo del propio Estado» (STC 02725-2006-PA/TC, f. j. 1).

⁶⁵ STC 02286-2005-PA/TC, f. j. 4.

es, cuando los hechos y el petitorio de la demanda no se encuadran dentro del contenido constitucionalmente protegido por el derecho invocado. De hecho, algún sector de la doctrina ha apuntado, no sin algún grado de razón, que tal supuesto resultaría inconstitucional, pues aquello que justifica la improcedencia es casi un juicio de fundabilidad, en la medida en que el juez debe analizar en ese momento los hechos, establecer si su invocación supone o no una lesión al derecho fundamental que se alega, pero aún más, debe determinar que dicha afectación es directa, pues si no lo es tanto, el proceso constitucional no prospera⁶⁶. Entonces, el problema radica en determinar si, siempre y en todos los casos, resulta posible rechazar liminarmente una demanda, alegando que el supuesto fáctico enunciado no se encuadra dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. A decir verdad, una afirmación tan rotunda y tajante como la planteada, debería generara algunos reparos. Y ello no solo por cuanto el carácter *directo* o no de la afectación es una cuestión que puede en ocasiones estar sujeta a controversia, sino también por la dificultad que, en determinados contextos, podría revestir la tarea de definir cuál sea ese contenido del derecho cuya protección se solicita en el amparo.

Ciertamente, si convenimos en que buena parte de la definición de ese contenido es obra hermenéutica de los jueces constitucionales, salta

⁶⁶ PRIORI POSADA, Giovanni. *Op. cit.*, p. 112. Añade el autor: «¿Qué significa que los hechos afecten directamente el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental? Como si ello fuera poco, ¿es que acaso es fácil establecer el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental? Adicionalmente a lo expuesto, la atenuación del principio de congruencia en los procesos constitucionales en defensa de derechos fundamentales, ¿acaso no permite que el juzgador pueda pronunciarse respecto de un pedido distinto que proteja de mejor manera el derecho invocado o sobre un derecho distinto al alegado? Al parecer, el temor del legislador por el abuso de los procesos constitucionales (en especial, el amparo) pudo más que su deber de por proteger los derechos fundamentales. Un juicio de procedibilidad al que tanto se le exige es una barrera muy difícil de vencer para el ciudadano. Pero más grave es que un juicio de fundabilidad se quiera hacer pasar por uno de procedencia» (*Idem*).

a la vista que la jurisprudencia (y en particular, la figura del precedente) juega aquí un papel trascendental, como criterio para los demás operadores jurídicos a la hora de evaluar este concepto para rechazar liminarmente una demanda. Pero es patente que, así como es necesario incidir en el carácter vinculante de estas interpretaciones, también lo es que la estabilidad propiciada por esa vinculatoriedad debe ceder frente a la necesidad (no siempre lejana) de atender nuevos casos que exigen un apartamiento motivado de una línea jurisprudencial previa, por más consolidada que esta sea.

Esto obliga a repensar, casuísticamente, en qué casos podría echarse mano liminarmente de la causal de improcedencia recogida en el artículo 5 inciso 1 del Código; lo que, sin duda, exige como primer paso reconocer que existen situaciones en las que, manifiestamente, queda claro que los hechos denunciados en la demanda no se encuadran dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho que se invoca. Es el tipo de «casos fáciles» a los que hace alusión la doctrina, y sobre ellos no existe mayor problema.

71

Sucede, en contraste, que en no pocos casos, los hechos relatados en la demanda no aparecen, *prima facie*, ubicados dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho, pero es presumible que pudiera llegar a estarlo luego del establecimiento del contradictorio entre las partes (esto último, en la lógica de la pluralidad de intérpretes a que alude el profesor Peter Häberle). Se trata de los denominados «casos difíciles», en los que, por imperio del principio *pro actione*, resulta del todo claro que el juez constitucional debería favorecer la continuación del proceso. Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional en reciente jurisprudencia, en que al examinar la forma cómo operaba la causal de improcedencia establecida en el artículo 5 inciso 1 del CPCConst. ante un «caso difícil», estimó que solo cuando el juez observe la no inclusión manifiesta de un supuesto de hecho en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, podrá declarar la im-

procedencia liminar de la demanda, sin ingresar a discutir el fondo del asunto⁶⁷.

Y así, dejó establecido los siguientes supuestos tipo:

- a) Si el supuesto de hecho alegado no ingresa de modo manifiesto en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, la demanda debe ser declarada improcedente.
- b) Si, por el contrario, el supuesto de hecho alegado ingresa de modo manifiesto en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, la demanda debe ser admitida a trámite.
- c) De otro lado, si el supuesto de hecho alegado ingresa prima facie en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, pero puede no llegar a estarlo luego de efectuarse un procedimiento de ponderación, la demanda debe ser admitida.
- d) Finalmente, si el supuesto de hecho alegado no ingresa prima facie en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, pero puede llegar a estarlo luego de efectuarse el procedimiento de ponderación, la demanda igualmente debe ser admitida.⁶⁸

72

A pesar de todo, es necesario reconocer que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles⁶⁹, con arreglo a la cual el juez evaluaría la

⁶⁷ STC 0228-2009-PA/TC, f. j. 10.

⁶⁸ STC 0228-2009-PA/TC, f. j. 10.

⁶⁹ La autoría de esta distinción corresponde al escocés Neil MACCORMICK, y podría ser resumida del siguiente modo: serán fáciles aquellos casos para los que exista una respuesta determinada en el derecho; mientras que serán difíciles aquellos en los que tal respuesta no exista, *prima facie*, lo que exige llevar a cabo un proceso argumentativo reforzado para justificar la decisión de que se trate. Sobre el particular, puede revisarse ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra, 2006. La problemática en lo penal es paradigmática. Al respecto puede verse a MIRÓ LINARES, Fernando (director) y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel (coord.). *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*. Madrid: Dykinson, 2010. Desde luego, no ingresamos aquí a la otra categoría de los llamados «casos trágicos». Con todo, *vid.* HERRENDORF, Daniel E. *Los derechos humanos ante la justicia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

posibilidad de decretar el rechazo liminar de la demanda, no siempre es una labor sencilla, pues es de esperarse que el intérprete judicial afronte zonas grises en las que, por aplicación del principio *pro actione*, deba necesariamente admitir a trámite la demanda.

2.6. El rechazo liminar de la demanda en el proceso constitucional de hábeas corpus

En sede nacional, algunos autores se mostraron en su día inicialmente contrarios a admitir la figura del rechazo liminar en el hábeas corpus, no solo por no estar previsto legalmente (argumentando que una norma restrictiva de derechos no puede ser interpretada extensivamente), sino también por considerar que si en el proceso de hábeas corpus existen hasta tres posible trámites a realizar según lo dispuesto en los artículos 30, 31 y 32 del Código, era patente que en ninguno de ellos podía reconocerse alguna posibilidad de optar por el rechazo liminar. Se recordaba, así, que eran precisamente argumentos como los del rechazo liminar los que habían permitido durante la década fujimorista que algunos jueces desestimaran de plano los hábeas corpus más sensibles o delicados (como, por ejemplo, contra las autoridades castrenses, altos funcionarios del Estado, etc.), experiencia que llevaba a concluir que su admisibilidad podía a la postre resultar peligroso o francamente nocivo para las libertades del ciudadano⁷⁰.

73

No obstante ello, la innegable posibilidad de que, en términos procesales, la interposición de una demanda de hábeas corpus pudiera revestir las características de un verdadero despropósito, impulsó en la jurisprudencia una revisión de los postulados en torno a los procesos en los cuales el rechazo liminar de la demanda podía ser de recibo. Se entendió así que, más allá de una previsión legal expresa al respecto, era la propia naturaleza de los fines perseguidos por el rechazo liminar la

⁷⁰ SÁENZ DÁVALOS, Luis. *Op. cit.*, pp. 73-74. De la jurisprudencia recopilada por este autor (STC 02876-2005-PHC/TC y STC 02086-2005-PHC/TC), se desprende que el Tribunal Constitucional no tenía a la fecha una idea homogénea sobre la materia.

que justificaba su aplicación a procesos distintos del amparo, y en particular, al hábeas corpus. El resultado final de esa revisión se condensó en la STC 06218-2007-PHC/TC, oportunidad en la que el Tribunal Constitucional dejó establecido que las causales de improcedencia contempladas en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional eran de aplicación en el proceso de hábeas corpus, pero siempre que no contradigan la finalidad de este proceso constitucional. Así, consideró que el juez constitucional no podía declarar el rechazo liminar por las causales de vía igualmente satisfactoria (en la medida en que, a diferencia del amparo, el hábeas corpus no es un proceso residual); de vía paralela; de vía previa y de vencimiento del plazo. Sin embargo, dejó habilitadas las causales referidas a la firmeza de la resolución judicial, el contenido constitucionalmente protegido del derecho; el cese o irreparabilidad del derecho; litispendencia; cuestionamientos de resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura; y el caso de conflictos entre entidades de derecho público interno. Finalmente, destacó que, para identificar el contenido constitucionalmente protegido del derecho en el hábeas corpus, a efectos de verificar su configuración como causal de improcedencia, corresponde seguir tres pasos: a) identificar el derecho afectado; b) identificar la pretensión; y c) analizar si la pretensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido de los derechos protegidos por el hábeas corpus.

2.7. Rechazo liminar de la demanda y efecto de cosa juzgada

Al respecto, la doctrina es pacífica en señalar que las resoluciones que desestiman *in limine* un amparo no hacen cosa juzgada⁷¹. Esta interpretación tiene, en nuestro caso, un asidero directo en lo que establece el artículo 6 del Código, según el cual «en los procesos constitu-

⁷¹ BIDART CAMPOS, Germán. *Régimen legal y jurisprudencia del amparo*. Buenos Aires: Ediar, 1969, p. 404, quien señala que «el archivo de las actuaciones puede originar perjuicio al demandante, no obstante que la resolución de rechazo [...] es apelable y, a nuestro juicio, no hace cosa juzgada».

cionales solo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo».

Sin embargo, resulta patente que todo dependerá de la causal de improcedencia manifiesta que haya sido observada en el auto de rechazo liminar: así, por ejemplo, si se trata de la constatación del plazo de prescripción para interponer el amparo, es obvio que no podrá interponerse una nueva demanda, pues dicha causal seguirá subsistiendo⁷².

En el mismo sentido se pronuncia el profesor argentino Néstor Pedro Sagüés, para quien si se trata de un descarte liminar en razón de darse alguno de los supuestos de inadmisibilidad de amparo, nada parece impedir que el asunto se discuta por otra vía procesal. En cambio, señala el autor, si el amparo naufraga *in limine* porque el juez considere que no hay acto lesivo o derecho constitucional vulnerado «lo decidido asumiría cosa juzgada material, si el agraviado no probase en juicio ordinario posterior que el déficit cognoscitivo del amparo le causó perjuicio»⁷³. Y en el mismo sentido, si el rechazo liminar fuera porque el acto lesivo no es manifiestamente arbitrario, pero sí puede analizarse tal posible vicio en otro trámite, lo resuelto no obstaría a ensayar un nuevo proceso⁷⁴.

75

3. Supuestos de procedencia del rechazo liminar en los procesos constitucionales: *numerus clausus* o lista enunciativa? El principio de legalidad en el rechazo liminar de la demanda

Cuando analizábamos los criterios de aplicación que podían derivarse del texto literal del artículo 47 del Código Procesal Constitucional, afirmábamos que, en nuestro concepto, la lista que establece el

⁷² Lo mismo sucede, en opinión de RIVAS, cuando de la demanda misma resultare su falta de fundamentación (por ejemplo, si el acto lesivo no se produjo), caso en el cual quedará afectada la pretensión sustancial, formándose cosa juzgada material con respecto a ella, de modo de no poder reproducirse en ningún otro tipo de pleito. Ver RIVAS, Adolfo Armando. *El amparo*. Buenos Aires: La Rocca, 2003, p. 496).

⁷³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. Op. cit., p. 310.

⁷⁴ *Ibid.*

artículo 5 del referido Código no era una taxativa, sino que podía admitir supuestos adicionales que venían exigidos por la propia naturaleza del proceso de amparo. Y para sustentar esta aseveración, ofrecimos una serie de supuestos de improcedencia (simple y, por ende, también liminar) que era posible derivar del propio articulado de nuestra legislación procesal constitucional.

Hay que destacar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional ha venido asumiendo una tesis aparentemente contraria, si bien, como veremos más adelante, ella podría ser contrastada con una serie de otros pronunciamientos que terminarían desdiciéndola⁷⁵.

Un primer pronunciamiento del Tribunal que vale la pena mencionar es aquel según el cual no cabe acudir al Código Procesal Civil para invocar una causal de improcedencia liminar en los procesos constitucionales. En concreto, refiriéndose a la aplicabilidad del inciso 1) del artículo 427 del Código Procesal Civil (ausencia de legitimidad para obrar del demandante), el Tribunal dispone lo siguiente:

76

[...] en materia de procesos constitucionales no cabe invocar la causal de improcedencia –para efectos de rechazar liminarmente la demanda– prevista en el inciso 1) del artículo 427 del Código Procesal Civil, aun cuando de acuerdo al artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, pueda ser aplicado supletoriamente. [...] el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha sido previsto para aquellos casos en lo que exista vacío o defecto en dicha ley, lo que no ocurre en los supuestos de rechazo liminar, pues en tales supuestos, el artículo 47, en concordancia con el artículo 5 han establecido, taxativamente, las causales para ello. [...] siendo así, el Tri-

⁷⁵ En cambio, y de un modo más claro, el Proyecto de Modificación del Código Procesal Constitucional dispone en su artículo 47 que «en ningún caso se rechazará la demanda por causales de improcedencia liminar establecidas en otras leyes». Ver, al respecto, GARCÍA BELAUNDE, Domingo y TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (coordinadores). *Propuestas de Reforma al Código Procesal Constitucional*. Lima: Adrus, 2011.

bunal Constitucional discrepa del raciocinio adoptado por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, toda vez que, como ha quedado dicho, los artículos 47 y 5 del Código Procesal Constitucional han previsto, de manera taxativa, las causales para rechazar liminarmente una demanda, no pudiendo admitir el criterio adoptado, quienes amparándose en lo dispuesto por el inciso 1) del artículo 427 del Código Procesal Civil y, peor aún, en el inciso 1) del artículo 216 de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, la han declarado improcedente de plano.⁷⁶

En segundo lugar, el Tribunal ha sostenido la misma posición respecto de la causal de improcedencia establecida en el inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Civil (ausencia de competencia del órgano jurisdiccional), sobre la cual ha afirmado que:

[...] en materia de procesos constitucionales no cabe invocar la causal de improcedencia –para efectos de rechazar liminarmente la demanda– prevista en el inciso 4) del artículo 427 del Código Procesal Civil (el juez declarará improcedente la demanda cuando [...] carezca de competencia), aun cuando de acuerdo al artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dicho cuerpo procesal civil pueda ser aplicado supletoriamente. La razón de ello estriba, primero, en el Principio de especialidad de la ley: «ley especial prima sobre la ley general»; en tal sentido prima lo que establece el Código Procesal Constitucional ante lo que lo establece el Código Procesal Civil. Segundo, en el principio general del derecho: «Las normas que restringen derechos deben ser aplicadas restrictivamente», es decir, las causales establecidas en el Código Procesal Constitucional para declarar la improcedencia de la demanda no deben ser extendidas o ampliadas a través de la analogía para hacer calzar dentro de ella causales de improcedencia recogidas en el Código Procesal Civil. Por último, en el principio de «mayor protección a los derechos fundamentales de la persona», en virtud del cual la aplicación supletoria de los códigos procesales afines (civil, laboral,

⁷⁶ RTC 04868-2005-PA/TC, ff. jj. 4-6; RTC 03757-2006-PA/TC, ff. jj. 4-6.

contencioso administrativo, etc.) solo será procedente siempre que no contradiga los fines de los procesos constitucionales –la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales– y ayude a su mejor desarrollo; de manera tal que estando ante una decisión basada en una aplicación supletoria que rechaza de plano una demanda de amparo, dicha aplicación constituiría una desnaturalización de los fines de los procesos constitucionales y, por ende, resultaría vedada.

[A] mayor abundamiento, es pertinente recalcar que el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha sido previsto para aquellos casos en los que exista vacío o defecto en dicha ley, lo que no ocurre en los supuestos de rechazo liminar, pues en tales supuestos, el artículo 47°, en concordancia con el artículo 5°, han establecido, taxativamente, las causales para ello.⁷⁷

78

Sin embargo, y al mismo tiempo, el Tribunal parece haber reconocido que, a diferencia de lo que sucedía con la legislación anterior, al amparo de la cual había construido una jurisprudencia consolidada en torno al principio de legalidad de los supuestos de improcedencia liminar⁷⁸; en la actualidad, y estando vigente el artículo 47 del Código Procesal Constitucional, tal tesis podría ser objeto de revisión para abarcar otros supuestos, como es la improcedencia liminar en el amparo contra resoluciones judiciales.

Así por ejemplo, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en torno a este último supuesto es como sigue:

Una revisión de los supuestos contemplados en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, al que reenvía su artículo 47°, permite

⁷⁷ RTC 04084-2009-PA/TC, ff. jj. 5-6.

⁷⁸ Se trata de la STC 04587-2004-PA/TC, en cuyo fundamento 6, el Tribunal admite que su doctrina respecto de la legislación derogada «era la de considerar que el rechazo liminar de una demanda se encontraba sujeta al principio de legalidad, de manera que solo podía efectuarse por cualquiera de las causales establecidas en los artículos 6°, 27° y 37° de la Ley 23506».

constatar que, si bien ya no existe una disposición semejante al inciso 2 del artículo 6° de la Ley 23506, sin embargo, esto no quiere decir que no pueda rechazarse liminarmente un amparo cuando se impugna una resolución judicial, puesto que el supuesto para declararlo ahora se encuentra previsto en el inciso 1 del artículo 5° del referido Código Procesal Constitucional.

En efecto, el juez podrá declarar liminarmente improcedente una demanda de amparo contra una resolución judicial, ya sea cuando de una evaluación de los hechos y el petitorio se infera que estos no están referidos a un derecho reconocido en la Ley Fundamental, o cuando habiéndose alegado la lesión de un derecho constitucional procesal, sin embargo, es evidente que el acto reclamado no incide sobre el ámbito constitucionalmente protegido del mismo.⁷⁹

En suma, como puede apreciarse, el Tribunal deja abierta la posibilidad de acudir a otras causales de improcedencia distintas a las establecidas en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional, a condición de que estas se deriven del propio Código, aunque hay que reconocer que tal postura no ha sido acompañada de una suficiente argumentación constitucional. Al abordarla, será preciso que el Tribunal abunde en la fundamentación de la extensión de los supuestos de improcedencia liminar, en tanto que se trata de una norma que restringe algunos derechos⁸⁰.

⁷⁹ STC 04587-2004-PA/TC, f. j. 10; STC 06149-2006-PA/TC, f. j. 13; entre otras.

⁸⁰ Ciertamente, esta circunstancia ha sido advertida por la doctrina, para la cual resulta evidente que toda interpretación que se haga de las normas que recogen o que se refieran a derechos constitucionales (como lo es el instituto del rechazo liminar), debe realizarse de modo que se procure la máxima eficacia y la máxima protección posible a los mismos. Tal criterio, como señala CASTILLO CÓRDOVA, además de justificar el carácter taxativo de la lista de supuestos de improcedencia liminar de la demanda de amparo, fundamentaría que la causal se configure como manifiesta y plenamente indubitante, de modo que si existe alguna duda sobre ella, el juez no estará habilitado a rechazar la demanda de plano. Ver CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Palestra, Lima, 2006, tomo II, p. 932.

4. ¿En qué casos corresponde entrar a resolver el fondo del asunto, pese a existir un debido rechazo liminar doble en las instancias previas?

Ha sido una constante, tanto en el marco de la legislación procesal constitucional previa así como en el contexto del Código vigente, la pregunta acerca de si el Tribunal Constitucional estaría habilitado para entrar a resolver el fondo de un asunto que llega a su conocimiento, a través de un doble rechazo liminar decretado indebidamente en las instancias previas.

Una primera aproximación del asunto, apegada al texto literal de la norma aplicable al caso, aconsejaría desechar esta posibilidad, toda vez que el artículo 20 del Código Procesal Constitucional es claro al señalar que «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 que se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio». Si esto es así, un indebido rechazo liminar efectuado por las instancias precedentes calificaría, una vez detectado por el Tribunal Constitucional, como un vicio procesal que exigiría declarar nulas las resoluciones judiciales así expedidas por *ad quo* y el *ad quem*, ordenándoles la admisión a trámite la demanda indebidamente rechazada.

De hecho, es preciso reconocer que esta es la solución que comúnmente el Tribunal adopta para resolver los casos de indebido rechazo liminar que llegan a su conocimiento. Por lo que, situados en este contexto, la opción por entrar a resolver el fondo del asunto aparecería como una alternativa, si no contraria *prima facie* a lo que dispone el Código, en todo caso de aplicación preferentemente residual.

Pero, aunado a lo expuesto, existen también argumentos de índole procesal que impedirían optar por esta última posibilidad. Y es que, en efecto, siendo el recurso de agravio constitucional un medio impugnatorio del proceso constitucional que busca remediar el error

cometido en las resoluciones judiciales de las instancias precedentes⁸¹, deberíamos concluir que tal actividad recursiva está limitada por tres principios esenciales: el principio de *prohibición de la reformatio in peius* (prohibición de empeorar la situación del apelante), de limitación (*tantum devolutum quantum appellatum*) y de congruencia (coincidencia entre lo pretendido y lo que se declara en el fallo)⁸².

La aplicación estricta, pues, de estos principios al asunto que nos convoca, obligaría a concluir que el Tribunal Constitucional solo podría resolver es lo referido a la improcedencia liminar, abriéndole para él dos únicas posibilidades: o confirmar el rechazo liminar, o revocarlo y ordenar la correspondiente admisión a trámite⁸³.

A decir verdad, la justificación de un pronunciamiento sobre el fondo a cargo del Tribunal Constitucional, en casos de indebido rechazo liminar, no encuentra sustento en alguna norma prevista en el Código Procesal Constitucional, sino más bien en lo que se deriva imperativamente a partir de la propia Constitución, no solo en lo que respecta a los derechos fundamentales del demandante, sino también en lo concerniente al diseño mismo del proceso de amparo en tanto que mecanismo de tutela urgente y perentoria de tales derechos.

⁸¹ STC 02877-2005-PHC/TC, f. j. 6.

⁸² ONOFRE ENERO, Katherine: «Los límites del Tribunal Constitucional al pronunciarse respecto a la improcedencia liminar de la demanda», en *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, tomo 44, agosto de 2011, pp. 154-157.

⁸³ Del mismo criterio es el magistrado del Tribunal Constitucional, Juan VERGARA GOTELLI, quien reiteradamente ha expresado que «la actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principios el de limitación conocido como *tantum appellatum quantum devolutum* sobre el que reposa el principio de congruencia, y que significa que el órgano revisor al resolver la impugnación, debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante, en consecuencia no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido cuestionadas, porque estas han quedado ejecutoriadas, salvo que el vicio sea de tanta trascendencia que vulnere el orden público y las buenas costumbres o que exista una manifiesta vulneración de derechos fundamentales cuyo cumplimiento no fue advertido por el recurrente». Cfr., por todos, el voto singular a la STC 07022-2006-PA/TC.

Desde luego, no escapa a nuestra consideración el que la postulación de una facultad de este tipo, si bien optimiza el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante (quien se ve así exonerado de volver a recorrer las instancias judiciales previas para obtener una respuesta satisfactoria a su pretensión), puede generar a la par (y de hecho, genera) una seria afectación sobre la esfera jurídica del demandado, y más concretamente, en lo que respecta a su derecho a la defensa. Por lo demás, tal afectación no podría ser desvirtuada bajo el argumento de que, interpuesto el recurso de apelación contra el auto de rechazo liminar, aquél debe ser comunicado al demandado, tal como lo dispone el CPConst. en su artículo 47, segundo párrafo⁸⁴.

⁸⁴ Como ya se ha expresado, el exmagistrado VERGARA GOTELLI mantiene una singular posición, que aquí transcribimos *in extenso*: «El tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (*ab initio*), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior revoca el auto venido en grado para vincular a quien todavía no es demandado porque no ha sido emplazado por notificación expresa y formal, corresponde entonces revocarlo y ordenar al inferior a admitir la demanda a trámite y correr traslado de ella al demandado. Lo que se pone en conocimiento es “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente, mandato que tiene el propósito de vincular al pretense demandado con lo que resulte de la intervención de este tribunal en relación específica al auto cuestionado». Cabe mencionar que el artículo 47 del Código Procesal Constitucional es copia del artículo 427 del Código Procesal Civil, en su parte final se señala que «[...] la jurisprudencia es uniforme en señalar que si de los actuados se evidencian los suficientes elementos 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, mas aun si se tiene en cuenta [...] que se ha dado cumplimiento al artículo 47 del Código Procesal Constitucional; vale decir, poner en conocimiento de los emplazados el recurso de apelación». Respecto a ello debo manifestar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el *principio de limitación* aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de solo referirse al tema del cuestionamiento a través del recurso de agravio constitucional, y nada más. Por ello es que el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes». Una recopilación de los votos así emitidos puede verse en VERGARA GOTELLI, Juan Francisco. *Mis votos como juez del Tribunal Constitucional. Con opiniones de destacados juristas*, coordinado por Evelyn PIQUÉ BUTRÓN. Arequipa: Adrus, 2011, pp. 10-11.

Y es que, como parece ser evidente, no puede equipararse la simple notificación del recurso de apelación interpuesto por el recurrente, a la notificación de la demanda misma, pues solo en este último caso el derecho de defensa del demandado puede resultar plenamente garantizado⁸⁵.

No obstante, ha sido precisamente esta oposición entre los derechos de ambas partes involucrados en el rechazo liminar (tutela judicial efectiva, por un lado, y defensa, por el otro), la que ha servido de punto de apoyo al Tribunal Constitucional para adelantar algunos criterios, que juzgamos uniformes, como pauta de uso de esta facultad de resolver en sede de instancia, la que a pesar de todo sigue siendo una facultad excepcional.

La controversia, desde luego, no fue ajena a la normativa precedente al Código hoy vigente. Una buena muestra de ello es la STC 1277-99-AC/TC (caso Anel Townsend), en la que el Tribunal reconoció que no estaba limitado para pronunciarse por el fondo del asunto controvertido por el simple hecho de que el Poder Judicial haya rechazado de plano la demanda interpuesta. Como se sabe, el artículo 42 de la antigua Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contenía una disposición similar a la que ahora encontramos en el artículo 20 del Código⁸⁶. Pese a ello, interpretó que existían casos excepcionales

⁸⁵Al respecto, se ha afirmado, no sin razón, que la notificación del recurso de apelación y el apersonamiento al proceso no son supuestos equiparables pues mientras la notificación al demandado del concesorio del recurso de apelación no obliga al demandado a pronunciarse sobre los hechos y la pretensión de la demanda, sino únicamente sobre los fundamentos que sustentan el recurso de impugnación contra el auto que rechaza de plano la demanda, es decir, sobre la improcedencia liminar de la demanda; el apersonamiento del demandado, en cambio, hace posible que este exponga sus argumentos de defensa en relación con el asunto de fondo, que serán tomados en cuenta al resolver el fondo del asunto. Ver: ONOFRE ENERO, Katherine. *Op. cit.*, p. 161.

⁸⁶ En efecto, el artículo 42 de la derogada Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establecía que «[c]uando el Tribunal estime que en el procedimiento cuya resolución ha sido sometida a su conocimiento ha habido quebrantamiento de forma, declara la nulidad de dicha resolución y la repone al estado que tenía cuando se cometió el error, y dispone la devolución de los autos al órgano judicial del que procede para que la sustancie

en los que devolver el proceso a sede judicial no solo era algo a todas luces inútil, sino que incluso representaba «un acto atentatorio de la administración de justicia constitucional». Y en ese sentido, expuso los siguientes ejemplos:

- a) Cuando se sabe de antemano que la demanda no prosperará dada la inexistencia de vulneración al derecho que se invoca, b) Cuando se tiene conocimiento anticipado que por alguna de las causales de improcedencia general, el sentido del fallo no cambiará así se rehaga el procedimiento por presunta infracción de forma, c) Cuando devolver el proceso a sede judicial por presunta infracción de forma podría originar que como consecuencia del tiempo que ha de transcurrir, se torne irreparable el derecho reclamado, d) Cuando la infracción de forma sea absolutamente irrelevante para los efectos del proceso en general, e) Cuando a consecuencia de hechos posteriores a la infracción de forma se haya subsanado aquella, de una forma tal que no sea necesaria su corrección.⁸⁷

84

Ya bajo la vigencia del Código Procesal Constitucional, el Tribunal entendería, a partir de la distinción entre actos procesales defectuosos, inválidos y nulos (STC 0569-2003-AC/TC⁸⁸), que la institución del rechazo liminar solo podría ser aplicada en casos extremos, so pre-

con arreglo a derecho».

⁸⁷ STC 01277-99-AC/TC, f. j. 4. Asimismo, en el fundamento 5 de esta sentencia, el Tribunal identifica otros casos en los cuales, pese al indebido rechazo liminar, se pronunció como instancia de fallo: SSTC 664-96-HC/TC, 570-96-HC/TC, 794-96-AA/TC, 940-98-HC/TC, 934-98-HC/TC y 108-96-AA/TC.

⁸⁸ La distinción acotada, que el Tribunal recoge de la tipología acuñada a su vez por Alberto Binder, bien merece ser complementada o actualizada por la STC 0294-2009-PA/TC, en cuyo fundamento 15, el colegiado entiende que la nulidad, como remedio procesal, resulta aplicable a los procesos constitucionales por aplicación supletoria del Código Procesal Civil, merced a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, la declaración de nulidad requiere la presencia de un vicio relevante en la configuración del acto procesal (principio de trascendencia), anomalía que debe incidir de modo grave en el natural desarrollo del proceso. Ello hace que la nulidad del acto aparezca como un recurso de última ratio, pues de existir la posibilidad de subsanación (principio de convalidación), no podrá declararse tal nulidad.

texto de favorecer un exceso de «ritualismo procesal incompatible con el logro de los fines de los procesos constitucionales». Así, desde ese prisma, sentenció:

[L]a declaración de invalidez de todo lo actuado solo 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.⁸⁹

La justificación que encuentra el Tribunal para desarrollar esta construcción jurisprudencial, no es otra que los principios procesales recogidos en el Código, y en particular, los de economía procesal, informalidad y trascendencia de la controversia. Esto, a su vez, le permite fijar aquellos criterios que deben ser evaluados para entrar a resolver el fondo del asunto, pese al doble rechazo liminar. Estos son, en lo básico, los siguientes:

85

i) La existencia de los recaudos suficientes para emitir un pronunciamiento sobre el fondo

Al respecto, el Tribunal ha insistido en que tales medios probatorios deben ser «idóneos, suficientes y eficaces, que sean de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente», en el sentido de que los hechos alegados no deben requerir la actuación de medios probatorios complejos⁹⁰.

ii) La no afectación del derecho de defensa del demandado

Dentro de los estándares de protección de este derecho que han sido fijados en su jurisprudencia, el Tribunal suele exigir solamente la notificación del recurso de apelación, tal como lo impone el artículo

⁸⁹ STC 4587-2004-PA/TC, f. j. 10.

⁹⁰ STC 03116-2009-PA/TC, f. j. 3.

47 segundo párrafo del Código. Así, no requiere que, efectivamente, el demandado se haya apersonado al proceso y expuesto sus fundamentos sobre la pretensión incoada, sino solo la virtualidad de que dicho apersonamiento se haya podido realizar, como consecuencia de la notificación. Se trata, pues, de una carga que pesa sobre el demandado, en defecto de cuyo ejercicio el Tribunal entenderá garantizado el derecho de defensa y entrará a resolver el tema de fondo⁹¹.

Tratándose de supuestos de amparo contra resoluciones judiciales, por su parte, el Tribunal ha estimado que ante afectaciones formales y sustanciales al debido proceso, es posible condicionar la intervención de las partes, no requiriéndose la participación del demandado, al tratarse de cuestiones de puro de derecho, que torna irrelevante la defensa del órgano judicial demandado⁹².

iii) La importancia objetiva del caso, trascendencia que está directamente vinculada con la dimensión objetiva de los procesos constitucionales de la libertad

86

Esto ha permitido que, en algunos supuestos de improcedencia manifiesta, el Tribunal asuma competencia para «dejar sentadas algunas líneas de razonamiento que sirvan en el futuro como jurisprudencia vinculante frente a casos similares», como es el caso de la desnaturalización del proceso de amparo contra amparo en materia laboral⁹³.

Del mismo modo, en algún caso se ha hecho alusión a la «dimensión objetiva» de este proceso constitucional, como puerta para ingresar al fondo del asunto, en la inteligencia de estar ante materias que «más que un cotejo entre posiciones asumidas individualmente o a título

⁹¹ STC 06648-2005-PA/TC, ff. jj. 3-4.

⁹² STC 05580-2009-PA/TC, f. j. 4. En el mismo sentido, se comprende que la posición jurídica de los órganos judiciales demandados siempre y en todos los casos se encuentra reflejada en las resoluciones judiciales que se cuestionan (STC 03167-2010-PA/TC, f. j. 7).

⁹³ STC 01837-2010-PA/TC, f. j. 3.

subjetivo», entrañan un enorme cariz objetivo, como por ejemplo la historia y tradición del Estado peruano en materia religiosa⁹⁴.

Lo mismo cabe decir cuando el Tribunal Constitucional se encuentra en la necesidad de establecer una doctrina jurisprudencial a partir del caso concreto, pese a tener un doble rechazo liminar en las instancias precedentes. Es el caso, por ejemplo, de la STC 0252-2009-PA/TC, sobre el cómputo del plazo para interponer el amparo contra resoluciones judiciales, oportunidad en la cual el Tribunal estimó que «el tema procesal que ha de dilucidarse tiene indudables implicancias constitucionales, (lo que) exige de este Colegiado el desarrollo de determinados criterios o líneas de discernimiento»⁹⁵, pese al rechazo liminar decretado por los jueces *ad quo* y *ad quem*.

Además de los mencionados, la jurisprudencia del Tribunal ha venido admitiendo algunos otros supuestos cuya concurrencia, a juicio del Colegiado, lo habilitarían a emitir un pronunciamiento sobre el fondo. Uno de ellos es la consideración de los perjuicios que se podría generar al recurrente por la demora en un pronunciamiento sobre el fondo⁹⁶, circunstancias que incluyen no solo el estado de salud o la edad del recurrente, sino también el excesivo plazo de sustanciación que llevara el amparo de que se trate.

También se ha aceptado que el pronunciamiento sobre el fondo está plenamente justificado cuando el acto lesivo impugnado haya sido declarado como tal en *uniforme y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, o haya sido caracterizada como parte integrante de un

⁹⁴ STC 06111-2009-PA/TC

⁹⁵ STC 0252-2009-PA/TC

⁹⁶ Así por ejemplo, la RTC 02157-2008-PA/TC, en cuyo fundamento 5, el Tribunal reconoce que «ha venido considerando que excepcionalmente podría ingresar al fondo, para darle la razón al demandante, en casos de suma urgencia cuando se verifique la existencia de situaciones de hecho que exijan la tutela urgente, es decir cuando se evidencie estado de salud grave o edad avanzada del demandante», que serían frecuentemente los casos de amparos previsionales.

estado de cosas inconstitucional; o más aún, cuando exista un precedente vinculante o la inaplicación por control difuso de una norma por parte del Tribunal Constitucional, de ser el caso⁹⁷.

Ciertamente, el valor de la jurisprudencia constitucional para definir los supuestos que resultarían ser, *prima facie*, «materia de amparo», es de innegable importancia para propiciar un uso adecuado y efectivo de la institución del rechazo liminar. Para ello se requiere, sin embargo, una amplia difusión de estos criterios entre la judicatura de nuestro país, así como su correspondiente internalización a nivel de todos los operadores jurídicos (litigantes, abogados, procuradores del Estado, etc.). Desde luego, la actividad del Tribunal en este punto puede ser bastante fructífera, si tenemos en cuenta que, al revocar un indebido rechazo liminar, se está recordando a los jueces cuál es la línea jurisprudencial correcta que deberá ser seguida a futuro. Así por ejemplo, podemos referir que el Tribunal viene considerando que no corresponde decretar el rechazo liminar en el amparo, cuando se trata de la protección del derecho al derecho de asociación (STC 0429-2007-PA/TC; RTC 04415-2008-AA/TC), del derecho de petición (RTC 03930-2010-PA/TC); del derecho a la libertad religiosa (STC 06111-2009-PA/TC); de los derechos de los pueblos indígenas (STC 0906-2009-PA/TC); del derecho a la libertad de empresa y libre competencia (STC 04363-2009-PA/TC, f. j. 5); del derecho de los usuarios y consumidores (STC 01865-2010-PA/TC); que el amparo es la vía idónea para solicitar la inaplicación de normas inconstitucionales (STC 05160-2008-PA/TC); para impugnar resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura (STC 04492-2008-PA/TC, f. j. 2); que no cabe aplicar la causal de prescripción en el caso de magistrados destituidos en virtud de los decretos leyes expedidos en el año 1992 (STC 0168-2007-PA/TC); que la inmutabilidad de la cosa juzgada es un asunto de innegable relevancia constitucional (STC 03707-2009-PA/

⁹⁷ STC 03116-2009-PA/TC, f. j. 3

TC, f. j. 2); así como la interdicción de la arbitrariedad (STC 04268-2009-PA/TC); entre otros.

En otros casos, el Tribunal Constitucional suele ser más explícito, pero no para indicar en qué casos no cabe rechazar liminarmente una demanda, sino más bien para sí hacerlo. Es el caso, por ejemplo, de las siguientes sentencias: STC 01761-2008-PA/TC, en la que se indica que cuando en un proceso de amparo contra hábeas corpus, la decisión tomada en este último proceso aún no ha sido cumplida, corresponde declarar el rechazo liminar del amparo; la STC 04650-2007-PA/TC, cuyo criterio es que cuando en un proceso de amparo contra otro amparo laboral, no se ha cumplido la orden de reponer al trabajador, el juez del segundo amparo debe rechazarlo de plano; y más recientemente, la STC 0142-2011-PA/TC, cuando se señala con calidad de precedente vinculante que, en el caso del amparo arbitral, cuando la pretensión no encaja en ninguno de los supuestos excepcionalmente habilitados, se deberá rechazar *in limine* la demanda.

89

Por último, una acotación debe ser mencionada: el Tribunal Constitucional, al estimarse competente para ingresar al fondo del asunto, no presupone que lo hará siempre para pronunciarse a favor del demandante.

En realidad, descartada la vía de la nulidad de todo lo actuado, el Tribunal puede resolver sobre el fondo, bien estimando la demanda, bien *desestimándola*.

Así ha sucedido, por citar algunos ejemplos, en los siguientes expedientes: STC 02050-2009-PC/TC (caso Asociación de Docentes Universitarios Pensionistas de la Universidad Nacional de Áncash); STC 03712-2010-PA/TC (caso Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido); STC 05160-2008-PA/TC (caso Asociación de Pensionistas del Banco de la Nación); STC 0527-2009-PA/TC (caso Jorge Rubio Correa, promoción en el empleo) y STC 05199-2008-PA/TC (caso Rivarola Rubio); STC 0606-2010-PA/TC (caso despido

desproporcionado); STC 01943-2009-PA/TC (caso Genaro Rosales); STC 03707-2009-PA/TC (caso actualización de adeudos); entre otros.

En esa misma perspectiva, podemos señalar que la actual composición del Tribunal Constitucional ha recogido esta doctrina jurisprudencial de emitir pronunciamiento sobre el fondo pese al rechazo liminar en las instancias previas; debiéndose destacar que, en la mayoría de casos, dicho pronunciamiento ha sido por desestimar la demanda, y solo en muy contados casos, para declararla fundada. A modo de ejemplo, podemos citar las siguientes sentencias del nuevo Pleno del Tribunal Constitucional: STC 0987-2014-AA/TC; STC 01028-2013-AA/TC; STC 01363-2013-AA/TC; STC 01457-2013-AA/TC; STC 02001-2014-AA/TC; STC 02147-2013-AA/TC; STC 02358-2013-AA/TC; STC 02386-2014-HC/TC; STC 02412-2013-AA/TC; STC 02467-2013-AA/TC; STC 02619-2013-HC/TC; STC 03107-2013-HC/TC; STC 03514-2013-AA/TC; STC 03745-2013-AA/TC; STC 04189-2012-AA/TC; STC 04437-2012-AA/TC; STC 06465-2013-AA/TC; STC 07357-2013-AA/TC; STC 08029-2013-AA/TC; STC 08073-2013-AA/TC. Y entre los pronunciamientos estimatorios, previo rechazo liminar, podemos consignar los siguientes casos: STC 0329-2013-AA/TC; STC 01159-2014-HC/TC; STC 03861-2013-AA/TC; STC 07717-2013-HC/TC. Así por ejemplo, en el primero de estos pronunciamientos estimatorios, el Tribunal señala como justificación, lo siguiente:

En tal sentido, al existir un indebido rechazo liminar de la demanda, correspondería disponer la nulidad de todo lo actuado y ordenar al Juez de la causa que proceda a admitir a trámite la demanda; sin embargo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en virtud de los principios de economía y celeridad procesal, este Tribunal considera pertinente emitir un pronunciamiento de fondo, teniendo en consideración que se cuenta con suficientes elementos de juicio para dilucidar la controversia constitucional de autos y que el derecho de defensa de los empleados se

encuentra garantizado al haber sido debidamente notificados con los recursos de apelación y de agravio constitucional.⁹⁸

4.1. Dos soluciones intermedias

Pero reconocer la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda entrar a resolver el fondo del asunto pese a un indebido rechazo liminar decretado en las instancias previas, conlleva admitir que, en algunos casos, tal posibilidad no podrá ser aplicada, bien sea porque no se hayan cumplido los requisitos jurisprudenciales antes mencionados, bien porque a pesar de cumplirlos, la recomposición del proceso aparezca como la opción más viable, en atención a las particularidades del caso concreto. Circunstancia que ha dado origen al ensayo de fórmulas intermedias que, respetando los derechos de ambas partes procesales, sean igualmente de eficaces que una resolución sobre el fondo.

En esa línea se inscriben dos pronunciamientos básicos del Tribunal Constitucional. El primero de ellos es aquel que conecta los artículos 47 y 20 del Código Procesal Constitucional, con el artículo 13, referido *al trámite preferente* del que debe gozar el proceso constitucional de amparo. En ese sentido, tras constatar un indebido rechazo liminar dictado en las instancias previas, y ante la imposibilidad fáctica de entrar a resolver el fondo del asunto, el Tribunal, opta por revocar las resoluciones del *ad quo* y del *ad quem*, ordenando la admisión a trámite de la demanda, pero agregando que tal orden debe ser cumplida «bajo apercibimiento de generar la responsabilidad por tramitación tardía prevista en el artículo 13 del Código Procesal Constitucional», pronunciamiento cuya motivación suele ser el excesivo tiempo que ha llevado el proceso de que se trata, desde la interposición de la demanda⁹⁹. La

⁹⁸ *Vid.* por todos STC 0329-2013-AA/TC, f. j. 2.

⁹⁹ A modo de ejemplo, pueden revisarse las siguientes resoluciones del Tribunal Constitucional: 03706-2011-PA/TC; 03234-2011-PA/TC; 03109-2011-PA/TC; 03239-2011-PA/TC; 03119-2011-PA/TC; 03819-2011-PA/TC; 03411-2011-PA/TC; 03284-2011-PA/TC; entre otras.

otra salida, a nuestro juicio más audaz, es la recaída en la RTC 02988-2009-PA/TC. Aquí, en efecto, el Tribunal, partiendo de la disyuntiva entre declarar la nulidad de todo lo actuado o ingresar al resolver como instancia de fallo, opta por una solución intermedia, que consiste en conferir el derecho de defensa en sede del TC a los no emplazados, luego de lo cual el Tribunal asume competencia para resolver el fondo de la controversia. Se trata, a no dudarlo, de una feliz aplicación del principio de flexibilización de los procesos constitucionales, reconocido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que aconseja adecuar las exigencias procedimentales previstas en este Código adjetivo a logro de los fines que tales procesos tienen constitucionalmente encomendados¹⁰⁰. Esta misma orientación ha llevado al Tribunal en otros casos a que, para salvar el derecho de defensa del demandado, se opte por solicitarle un *informe de defensa* (STC 05829-2009-PA/TC, f. j. 1), o incluso, cuando no existe el suficiente material probatorio, pedir la prueba correspondiente (STC 09717-2007-PA/TC, f. j. 11).

A pesar de todo, las estadísticas parecen demostrar que se tratan estas de fórmulas excepcionales que vienen justificadas, bien por la urgencia, bien por relevancia del caso concreto, antes bien que una práctica jurisprudencial que pueda decirse generalizada.

5. Algunas propuestas de *lege ferenda*: hacia la construcción de una doctrina jurisprudencial sobre el rechazo liminar de la demanda de amparo

Si alguna conclusión pudiera extraerse de la revisión jurisprudencial que acabamos de realizar en los apartados precedentes, esta debiera ser que la línea de acción del Tribunal Constitucional en torno a los supuestos en que cabe entrar a dictar sentencia pese al indebido recha-

¹⁰⁰ Más recientemente, este criterio ha sido aplicado en la STC 01126-2011-HC/TC, que involucra los derechos de la comunidad nativa Tres Islas, en el marco de un proceso de hábeas corpus contra otro proceso de igual tipo.

zo liminar, puede ser clara, pero es igualmente dispersa. De ahí que la doctrina contraria a admitir esta facultad excepcional, pero incluso también la postura favorable, suela afirmar que «nunca se sabe en qué casos el Tribunal Constitucional hará uso de esta pseudos [...] solución para resolver el fondo del asunto»¹⁰¹.

Lo expuesto obliga a que, existiendo la necesidad de poner fin a esta suerte de inseguridad jurídica propiciada a raíz de la propia jurisprudencia del Tribunal, se realice un análisis de las sentencias que han sido expedidas hasta el momento, con la finalidad de extraer de ellas aquellos criterios generales que, posteriormente, puedan ser incluidos en un precedente vinculante que sirva de referente obligatorio para los demás operadores jurídicos¹⁰².

Emprender esta tarea, desde luego, supone reconocer que así como el instituto del rechazo liminar puede ser resumido como una potestad discrecional en manos del juez del amparo para realizar un control jurisdiccional *a priori* de la demanda constitucional; así también es preciso enfatizar que la justicia constitucional no puede permanecer inerte frente a supuestos de indebidos rechazos liminares decretados en las instancias judiciales previas, frente a los cuales únicamente puede hacer uso de sus limitadas facultades nulificantes. Remediar esta situación anómala y, como dijimos también paradójica, exige impulsar, cuando menos a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucio-

¹⁰¹ ARCOS COTRADO, Raúl. «El rechazo liminar de la demanda constitucional. Un problema de nunca acabar», en *Gaceta Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, tomo 42, junio de 2011, p. 104.

¹⁰² Las condiciones para que esto ocurra, por lo demás, están claramente dadas, pues uno de los supuestos para la emisión de un precedente vinculante, según las sentencias 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-PA/TC, es cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos (precedentes conflictivos o contradictorios), circunstancia que habilita a la expedición de una «sentencia de unificación» jurisprudencial.

nal, dos medidas correctivas que serían de gran utilidad: **a)** la primera de ellas, que podemos denominar *preventiva* o *pedagógica*, consiste en identificar claramente cuáles son aquellas causales de improcedencia que pueden ser invocadas en el proceso de amparo, no solo a nivel de las excepciones procesales, sino también de oficio por parte del juez constitucional ante el cual esa demanda es interpuesta; y **b)** la segunda, que llamaremos *reparadora* o *restaurativa*, se focaliza en determinar bajo qué supuestos, pese a un indebido rechazo liminar, podría el Tribunal Constitucional fallar sobre el fondo del asunto, en términos estimativos o desestimativos, cual sede de instancia.

En cuanto al *primer punto*, y retomando aquí la clasificación acuñada por la doctrina mexicana, ensayamos a continuación un tratamiento tripartito de las causales de improcedencia (simples y, por tanto, también manifiestas) en el proceso del amparo. La lectura de tales causales, desde luego, debiera ser en principio literal y taxativa, pero esto no implica negar la interdependencia entre los distintos niveles que se mencionan, lo que es primordial para lograr una cabal comprensión del asunto (de hecho, en muchos casos, el supuesto perteneciente a uno de los tipos enunciados debe ser complementados por lo establecido en los otros niveles). Hecha esta precisión, la clasificación que se propone puede quedar plasmada del siguiente modo:

94

i. Improcedencia de orden constitucional

Cuando el amparo se interpone contra normas legales (artículo 200, inciso 2 segundo párrafo de la Constitución).¹⁰³

¹⁰³ Ciertamente, esta causal de improcedencia merece ser contrastada, sistemáticamente, con lo que establece el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, que ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en la STC 04677-2004-PA/TC, según la cual dicha causal de improcedencia está referida solo a las normas heteroaplicativas, mas no a las autoaplicativas. Aunque, a pesar de todo, no podemos dejar de mencionar que, en variadas hipótesis, puede suceder que la determinación de si una norma deviene en autoaplicativa o heteroaplicativa, merece un análisis de fondo que, teóricamente, estaría vetado en la etapa de admisibilidad del amparo.

Cuando el amparo se interpone contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular (artículo 200 inciso 2 segundo párrafo de la Constitución).¹⁰⁴

Cuando el amparo se interpone contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (artículo 181 de la Constitución).¹⁰⁵

Cuando el amparo se interpone contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 154 inciso 3 de la Constitución).¹⁰⁶

ii. Improcedencias de orden legal

Cuando el amparo incurre en algunas de las causales de improcedencia establecidas expresamente en el artículo 5 del CPConst.

Cuando el amparo se interpone por quien no tiene legitimación para obrar (artículo 39 del CPConst.)

Cuando el amparo se interpone ante un órgano jurisdiccional incompetente (artículo 51 del CPConst.)

Cuando la demanda no logra acreditar la violación o amenaza del derecho invocado (artículo 2 *contrario sensu* del CPConst.)

Cuando la resolución judicial que se cuestiona mediante el amparo no es firme o se consintió la afectación denunciada (artículo 4 del CPConst.)

¹⁰⁴ De igual forma, esta causal debe ser confrontada con el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, así como el precedente vinculante recaído en la STC 3179-2004-AA/TC, en la cual se ha interpretado que por «proceso irregular» debe entenderse no solo aquel donde no se han respetado derechos de naturaleza formal o procesal, sino también de carácter sustantivo o material. Esta causal que expresamente franquea la Constitución, sin embargo, no es absolutamente pacífica. Un juez formalmente estaría habilitado para declarar un rechazo liminar por expresa improcedencia de la Constitución. Mas, el calificar si dicha resolución acusa un procedimiento irregular, en rigor se vería como resultado del contradictorio y ya en sentencia de fondo.

¹⁰⁵ Cláusula que debemos comparar con el artículo 5 inciso 8 del CPConst., y contrastar con la STC 05854-2005-PA/TC, sobre la revisabilidad de las resoluciones del JNE en sede de amparo.

¹⁰⁶ Es preciso concordar esta causal de improcedencia con lo que dispone el artículo 5, inciso 7 del CPConst., y con lo que fuera interpretado en la STC 03361-2004-PA/TC.

Cuando se invoca un derecho que no tiene sustento constitucional directo (artículo 38 del CPConst.)

iii. Improcedencia de orden jurisprudencial

Cuando el amparo no procede según lo dispuesto en algún precedente vinculante: por ejemplo, cuando se interpone contra una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 4853-2004-AA/TC, f. j. 39, numeral b, inciso c); cuando no se está en ninguno de los tres supuestos excepcionales habilitados jurisprudencialmente para incoar el amparo arbitral (STC 0142-2011-PA/TC, f. j. 20); cuando se interpone contra una sentencia de hábeas corpus, y la decisión tomada en este último proceso aún no ha sido cumplida (STC 01761-2008-PA/TC); cuando se interpone contra otro amparo (de tipo laboral), y la orden de reposición del trabajador impuesta en este último proceso aún no ha sido ejecutada (STC 04650-2007-PA/TC); entre otros.

Cuando el amparo no procede en atención a lo que establece sistemáticamente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

96

A todo lo dicho, cabe agregar aquellas sentencias en las cuales el Tribunal ha realizado una interpretación particular y específica para un determinado proceso constitucional, en relación a sus causales de improcedencia. Claramente, ese sería el caso de la STC 06218-2007-PHC/TC, que trata *in extenso* las causales de improcedencia en el proceso de hábeas corpus.

Finalmente, y en cuanto al *segundo ámbito* de análisis que hemos mencionado (supuestos en los cuales el Tribunal Constitucional estaría autorizado para entrar a resolver el fondo del asunto, pese a existir un indebido rechazo liminar decretado en las instancias previas), resulta evidente que los pronunciamientos adelantados por el Tribunal, debido a su complejidad y volumen, merecen un tratamiento orgánico y sistemático que pueda dar cuenta de una línea consolidada de interpretación de las normas constitucionales procesales y sustantivas, a la par que mantenerse abierto a los nuevos supuestos que va experimentándose en la praxis y dinámica jurisprudencial. Teniendo en cuenta estas pautas y

criterios, podemos convenir en la existencia de los siguientes supuestos habilitantes, algunos genéricos y otros más precisos, y cuya concurrencia no necesariamente debe ser conjunta, para emitir un pronunciamiento de fondo, bien estimatorio, bien desestimatorio, por parte del Tribunal Constitucional:

i. Supuestos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Cuando existen recaudos suficientes para emitir una sentencia sobre el fondo del asunto (STC 4587-2004-AA/TC, f. j. 21).

Cuando no se ha afectado el derecho de defensa del demandado (STC 4587-2004-AA/TC, f. j. 21).

Cuando es posible argumentar a favor de la importancia objetiva del caso (STC 4587-2004-AA/TC, f. j. 21).

Cuando, si se optara por ordenar la recomposición del proceso, los perjuicios que podrían causarse al demandante fueran considerables (STC 02157-2008-PA/TC).

Cuando el acto lesivo impugnado haya sido declarado como tal en uniforme y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional; haya sido caracterizado como parte integrante de un estado de cosas inconstitucional; o cuando existe un precedente vinculante del Tribunal Constitucional en ese sentido (STC 03116-2009-PA/TC, f. j. 3)

Cuando se trata de una cuestión de puro derecho, como es el caso del amparo contra resoluciones judiciales (STC 05580-2009-PA/TC y 03167-2010-PA/TC)

ii. Otros supuestos que, razonablemente, pueden derivarse de la lógica misma de los procesos constitucionales

Cuando el auto de rechazo *in limine* contraviene un supuesto de admisibilidad que ha sido constantemente afirmado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (esto es, cuando los jueces constitucionales de primera y segunda instancia han desconocido la doctrina jurisprudencia

dencial en torno a la interpretación de las causales de improcedencia del amparo).

Cuando el pronunciamiento de fondo satisface los requisitos de la tutela de urgencia que merece la específica pretensión incoada en el amparo.

Con la delimitación de estos supuestos, no negamos que la decisión consistente en optar entre emitir una sentencia sobre el fondo u ordenar la admisión a trámite de la demanda, puede quedar reservada al final a un eventual juicio de ponderación aplicado al caso concreto; en cuyo caso tendríamos, por un lado, al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante y, en el otro fiel de la balanza, al derecho de defensa del demandado. En todo caso, ello demostraría que la institución del rechazo liminar, lejos de quedar confinada al examen automático de determinadas normas procesales, exige también una especial predisposición del juez constitucional para apreciar los principios, valores y contenidos constitucionales que, estando involucrados en este procedimiento, merecen ser sobrepuestos frente a cualquier rigorismo o formalismo procesal, criterio este último que se encuentra cartabonado como sustento en el subprincipio *favor processum* previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Propuestas de reforma del proceso de amparo con miras a optimizar la adecuada tutela de los derechos fundamentales

✍️ OMAR SAR SUÁREZ*

Sumario: 1. Introducción. 2. Nuestras propuestas de reforma. 2.1. Oralización del amparo contra normas legales y juzgamiento por jurados populares. 2.2. Efectivizar las notificaciones electrónicas y restablecer la notificación por nota. 2.3. Notificación al procurador del Poder Judicial en el caso de amparos y hábeas corpus contra resoluciones judiciales. 2.4. Eliminación del auto de saneamiento procesal. 2.5. Eliminación de la expresión de agravios. 2.6. Improcedencia de la demanda cuando se haya consentido una improcedencia previa. 2.7. La concesión del recurso de agravio constitucional.

99

1. Introducción

Los procesos de tutela de derechos están estructurados con la pretensión de garantizar la supremacía de la Constitución en este ámbito alcanzando un alto estándar de celeridad y a tal fin se los ha regulado sin etapa probatoria¹, pero sin embargo la práctica de-

* Doctor y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Centro de Estudios de Derecho Constitucional y profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de San Martín de Porres. Profesor principal de la Academia de la Magistratura. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

¹ Naturalmente que ello no quiere decir que no se deba ofrecer prueba (en la medida de lo posible) ya que rige el principio general de que los hechos deben ser probados por aquel que los alega. En la STC 01761-2014-AA/TC el Tribunal Constitucional consideró pertinente «[...] recordar que las afectaciones a los derechos fundamentales invocadas en el marco de un proceso constitucional deberán ser contrastadas con una prueba mínima, pero suficiente, que acredite el acto lesivo».

muestra que en muy pocos casos concluyen antes de un año. A veces demoran dos y en muchos casos aún más que eso².

La demora en la tramitación de los procesos tiene múltiples causas que van desde el aumento en la cantidad de demandas hasta la falta de especialización de los órganos jurisdiccionales, pasando por problemas en el diseño procesal.

El Tribunal Constitucional adoptó medidas para enfrentar la problemática derivada del incremento sostenido de la carga procesal al introducir el requisito de relevancia constitucional en el recurso de agravio constitucional³ pero tal medida resulta insuficiente como revela la estadística que mantiene actualizada la institución⁴.

En este trabajo presentamos algunos criterios que podrían orientar la reforma del Código Procesal Constitucional, con miras a optimizar el cumplimiento de la finalidad de los procesos de tutela de derechos que consiste en retrotraer las cosas al estado anterior de la vulneración o amenaza.

2. Nuestras propuestas de reforma

Tras diez años de aplicación del Código Procesal Constitucional hemos acumulado un bagaje de experiencia que nos permite afirmar la conveniencia de algunas reformas en sus disposiciones.

² Conviene tener presente que la obligación adquirida por el Estado peruano al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos es la de asegurar un «recurso sencillo y rápido... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales» (artículo 25.1).

³ Al respecto puede verse ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. «Notas sobre el precedente Vásquez Romero, su finalidad, el contexto de su configuración y sus alcances (STC 00987-2014-PA/TC)», en: *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*. Lima: Palestra, 2014, pp. 103 y ss. También puede consultarse nuestro trabajo «El nuevo precedente del TC y su estrategia para enfrentar los retos derivados de la carga procesal». En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 81, setiembre de 2014, pp. 32 y ss.

⁴ Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/tc/institucion/estadistica>>, consultado el 23 de noviembre de 2015.

La vigencia de dicho cuerpo normativo a partir del 1 de diciembre del 2004, supuso una serie de modificaciones en relación con la Ley de Hábeas Corpus y Amparo que resultaron muy adecuadas, como por ejemplo la eliminación del dictamen del Ministerio Público, la inclusión de la residualidad⁵ o la posibilidad de estimar la pretensión aun cuando se haya producido la sustracción de la materia⁶, pero siempre que tal cosa suceda con posterioridad a la interposición de la demanda.

Otras reformas, en cambio, generaron polémica y preocupación como la obligatoriedad del precedente constitucional, la actuación inmediata de la sentencia recurrida y la aplicación de las nuevas reglas a los procesos en trámite.

La regulación original incluida en el Código Procesal Constitucional fue objeto de diversas reformas como por ejemplo la que supuso el establecimiento de reglas rígidas de competencia territorial para el proceso de amparo (proscribiendo la prórroga de competencia bajo sanción de nulidad) o la elevación en consulta del ejercicio del control difuso.

⁵ No faltan críticos y defensores de esta opción legislativa. Entre los primeros encontramos a, CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «El amparo residual en el Perú», en: *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año I, número 2, Lima, 2005, pp. 71 y ss., y entre los segundos destaca EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano: una opción riesgosa pero indispensable». En: *Pensamiento Constitucional*. Año XII, número 12, Lima, 2007, pp. 221 y ss.

¿Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la STC 02383-2013-AA/TC, introdujo, con carácter de precedente, una serie de reglas que permiten determinar con cierto nivel de precisión en qué caso la vía ordinaria resulta «igualmente satisfactoria» que la del amparo. Al respecto, puede verse nuestro trabajo publicado en Gaceta Constitucional, tomo 92, agosto de 2015, p. 71 y ss.

⁶ A fin de evitar futuras vulneraciones de la misma naturaleza, el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, establece que si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza o se torna irreparable el juez podrá declarar fundada la demanda apercibiendo al responsable para que no reincida en la conducta encontrada como lesiva.

Algunas de esas modificaciones empeoraron las cosas en relación con la regulación original pues se introdujo el auto de saneamiento procesal para resolver las excepciones que haya opuesto el demandado al contestar o la proscripción absoluta del amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones⁷.

2.1. Oralización del amparo contra normas legales y juzgamiento por jurados populares

El Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres propuso introducir la oralidad en los procesos constitucionales y la creación de jurados constitucionales populares para resolver controversias en las que se alegue que la vulneración de un derecho fundamental deriva de la aplicación de cualquier norma legal⁸.

102

Como es obvio, no se pretende un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la disposición, ello requeriría especialización en la materia. Lo que se debe decidir es la legitimidad (o justicia) de la restricción de un derecho fundamental proveniente de una disposición legal, o eventualmente, si es que esta existe.

Cuando se trate de amparo contra normas el demandante debería poder optar entre la jurisdicción constitucional ordinaria o el juzgamiento por jurados. Si se trata de derechos de una minoría aislada o marginal puede suceder que tenga razones para temer que la decisión mayoritaria le sea adversa, resultándole más conveniente litigar intentando convencer a la judicatura de la legitimidad constitucional de su pretensión por el carril y trámite actual.

⁷ De hecho la modificatoria del artículo 5.8 del Código por la Ley 28642 fue declarada inconstitucional en la STC 00007-2007-AI/TC.

⁸ El texto de la iniciativa puede verse en <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_constitucional/articulos/2012/procesal_constitucional/proceso%20de%20amparo%20por%20jurados%20populares.pdf>, revisado el 28 de enero de 2016.

Las ventajas del sistema que allí se propuso serían las siguientes:

- a. Permite superar la objeción democrática ya que es el propio pueblo el que adopta la decisión confirmando la legitimidad de la intervención en un derecho, sometida a control;
- b. Abre canales de participación directa de la población en la administración de justicia. Algo que además de deseable fue intentado por el constituyente cuando introdujo, sin que se ejecute hasta la fecha, la elección popular de los jueces de paz;
- c. Permite superar las presiones que se ejercen sobre los magistrados o las posiciones monolíticas (que de alguna manera se derivan del sistema de elección de jueces);
- d. Facilita la posibilidad de incluir los saberes populares. La concepción de lo justo del hombre sencillo no tiene por qué resultar con un margen de error mayor que el de los jueces «profesionales». Si los hombres reciben argumentos claros no les resultará difícil decidir sobre su concepto de lo justo. El criterio de justicia que manejan los jueces, puede representar la concepción mayoritaria o no (y pareciera no ser el caso, si se toma en cuenta que apenas un 10% de la población aprueba su gestión).

103

Presentada la demanda en sede judicial con opción por el jurado, se notifica al órgano emisor de la norma demandado para que exprese la fundamentación del derecho que hace a la defensa de sus intereses.

Simultáneamente se notifica al Reniec para que sortee los miembros del jurado y este debe ser el procedimiento de selección para que todos los ciudadanos tengan la posibilidad de actuar como «jueces constitucionales» en condiciones de igualdad.

La designación debe recaer en vecinos de la jurisdicción (municipal o regional para el caso de ordenanzas u otras normas locales), o de ciudadanos a nivel nacional, en el resto de los supuestos, respetando la proporción de hombres y mujeres existente en cada ámbito territorial, y asegurando la participación de representantes de comunidades nativas,

de ser el caso (conforme con las reglas establecidas en la Ley de Elecciones Regionales).

Los jurados deben estar compuestos por una cantidad relativamente amplia de ciudadanos de modo que se pueda captar la diversidad de opiniones que existe en la comunidad. Deberían contar con unos 65 miembros para el caso de las ordenanzas o normas de alcance local, o 131 en los demás casos (tomando como criterio de referencia la cantidad de congresistas).

La elección se debe realizar con no más de una semana de anticipación, notificando personalmente, para minimizar la posibilidad de que existan presiones. Designados los jurados se citará a audiencia donde las partes les expondrán sus argumentos y al término se debe decidir la controversia.

104

La deliberación, organizada por los propios participantes en privado, puede girar en torno a los argumentos que planteen las partes o permitir que los jurados diluciden y elaboren sus propias razones, alisándolas para luego someterlas a votación secreta.

Una vez que se fija el sentido de la decisión por la voluntad de la mayoría, se publica con las razones que se impusieron, como fundamento. De más estará decir que la decisión es inapelable.

Naturalmente que la introducción de una medida de esta naturaleza supondría una revisión integral del Código y el desarrollo de una nueva concepción en torno a los procesos constitucionales, pero creemos que será un camino que finalmente debe recorrerse.

2.2. Efectivizar las notificaciones electrónicas y restablecer la notificación por nota

Aun cuando no se introduzca la oralidad que proponíamos en el punto anterior y los procesos constitucionales mantengan su forma actual, ello no implica que todas las notificaciones deban realizarse por cédula.

Hasta julio del 2014 el artículo 157 del Código Procesal Civil establecía que «La notificación de todas las resoluciones judiciales, en todas las instancias, y aún en la Corte Suprema, se realiza por cédula».

Esto suponía una importante demora y un inmenso gasto (no reembolsable en virtud del principio de gratuidad que rige los procesos constitucionales). Desde nuestra perspectiva notificar con una cédula física decretos y autos de mero trámite carece de sentido.

El texto vigente del citado artículo 157, de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, establece que: «La notificación de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, se realiza por vía electrónica a través de casillas electrónicas implementadas, de conformidad con lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

El reto es implementar y aplicar sistemáticamente esta opción toda vez que la tecnología permite confirmar la recepción y lectura de correos electrónicos por lo que se asegura la notificación al destinatario con un idéntico nivel de certeza que depositando la cédula en la casilla de la central de notificaciones solo que ahorrando todo el desplazamiento de papel.

105

Creo que determinados actos procesales podrían notificarse por medio del correo electrónico y otros directamente por nota, es decir colocando copia de la resolución en la cartelera del juzgado como establecía el hoy derogado artículo 156 del Código Procesal Civil.

En cuanto a la notificación por medio de la cartelera del juzgado podrían establecerse «días de publicación de notas», martes y jueves como era en la norma citada, para que no tenga el abogado litigante que concurrir todos los días al juzgado, especialmente si se toma en cuenta la brevedad de los plazos que caracteriza a los procesos constitucionales.

En mi opinión solo debería notificarse por cédula la sentencia. Por vía electrónica los autos que ponen fin a la instancia como el que declara la improcedencia liminar de la demanda o el auto de sanea-

miento procesal cuando estima las excepciones y por nota en la cartelera del juzgado los decretos de mero trámite y los autos que no ponen fin a la instancia.

Una medida de esta naturaleza permitiría un ahorro de tiempo (en la elaboración de cédulas y todo el trámite relativo a la notificación física), recursos (ya que se requerirán muchas menos impresiones) y tiempo (ya que la notificación electrónica y la que se realice en la cartelera del Juzgado producen efecto inmediato).

2.3. Notificación al procurador del Poder Judicial en el caso de amparos y hábeas corpus contra resoluciones judiciales

En este tipo de proceso es verdaderamente problemático notificar a los jueces que intervinieron en el proceso ordinario cuya regularidad se cuestiona, sin mencionar que genera una importante demora.

106

Piénsese que de acuerdo con el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, el amparo contra resoluciones judiciales exige que estas sean firmes y no consentidas, por lo que en el más común de los casos habrán intervenido un juez en primera instancia, tres jueces superiores en segunda instancia y cinco jueces supremos en casación. Si a ello le añadimos al procurador de los asuntos judiciales del Poder Judicial, habrá que remitir diez notificaciones de cada uno de los actos procesales.

Si, como sucede con frecuencia, los magistrados intervinientes en el proceso ordinario se trasladan a otro órgano, regresan a su plaza porque eran supernumerarios o ascienden, comienza un largo peregrinaje para los demandantes que deben dar con la nueva localización del juez demandado. La dificultad se incrementa si fue no ratificado, destituido o renunció por cuanto el Poder Judicial no podrá informar sobre su nuevo domicilio. Además, los cambios de domicilio o problemas de localización del requerido conducen a que se frustren las notificaciones y haya que reiterarlas multiplicando el costo y la demora.

Entendemos que en este tipo de casos debería bastar con la notificación al procurador de los asuntos judiciales del Poder Judicial ya que de acuerdo con el artículo 7 del Código Procesal Constitucional: «La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda».

Somos de la opinión que si bien los jueces tienen derecho a intervenir en el proceso y ofrecer los alegatos que consideren pertinentes, el deber de comunicarles la demanda no tiene por qué recaer en el demandante. Más bien podría constituir un deber del Poder Judicial, a nombre de quien desarrollaron su actuación.

Por otra parte, nuestra experiencia de quince años de litigio en materia constitucional nos habla de una muy baja tasa de participación de los jueces demandados en los procesos de tutela de derechos.

2.4. Eliminación del auto de saneamiento procesal

107

La versión original del artículo 53 del Código Procesal Constitucional establecía que «Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días. Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expeditos para ser sentenciados».

Es decir, que las excepciones se resolvían directamente en la sentencia. La resolución tenía entonces dos momentos claramente diferenciados por cuanto primero se realizaba el tratamiento de las excepciones, y solo en el caso de que fueran rechazadas se pasaba al análisis del fondo del asunto.

La reforma introducida por la Ley 28946 en esta disposición vino a complicar las cosas introduciendo el auto de saneamiento como momento procesal para resolver las excepciones y solo en caso de que fueran rechazadas pasar a la sentencia.

La nueva regulación trae dos problemas. Primero añade un paso al proceso dilatando su duración y generando la necesidad de notificaciones que, como señalamos *supra*, suelen ser engorrosas.

En segundo lugar genera un riesgo de decisiones contradictorias por cuanto la apelación del rechazo de las excepciones se concede sin efecto suspensivo y en consecuencia podría presentarse el caso en el que la sala revoque el auto de saneamiento procesal declarando fundada una excepción cuando el juzgado ha declarado fundada la demanda. Es evidente que si el incidente y el principal corren en paralelo ante diferentes órganos jurisdiccionales podrían llegar a conclusiones encontradas.

En el proceso civil, luego de la etapa postulatoria, y antes de abrir el proceso a prueba, tiene sentido que el juez verifique la existencia de una relación jurídico-procesal válida, pero en los procesos constitucionales donde no existe etapa probatoria creemos que las excepciones se deben resolver en la decisión final.

108

Somos partidarios, en consecuencia, de regresar a la regulación original del artículo 53 restableciendo la resolución de las excepciones con la sentencia de modo que la apelación, de uno o los dos aspectos, no ofrezca riesgo de que se emitan resoluciones contradictorias.

2.5. Eliminación de la expresión de agravios

El Código Procesal Constitucional, en el artículo 58 establece que una vez que la sala recibe el expediente del juzgado de primera instancia con el recurso de apelación concedido notifica al recurrente para que exprese agravios.

Esta previsión carece por completo de sentido en un sistema como el nuestro donde el recurso de apelación debe contener la fundamentación del agravio. Efectivamente, el artículo 366 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a los procesos constituciona-

les, establece que: «El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria».

Podría decirse que el error se encuentra, en realidad, en esta última disposición por cuanto carece de objeto fundamentar ante la autoridad que resolvió si ella no tiene posibilidad de revertir el sentido de lo decidido⁹.

En el ordenamiento procesal civil y comercial de la provincia argentina de Buenos Aires el artículo 245 establece que «El recurso de apelación se interpondrá por escrito o verbalmente. En este último caso se hará constar por diligencia que el secretario o el oficial primero asentará en el expediente. El apelante deberá limitarse a la mera interposición del recurso».

En este caso, como es fácil percibir, si el apelante se limitó a presentar un escrito donde solo manifiesta su voluntad de apelar sin expresar razones, es evidente que la alzada deberá requerirle que exprese los agravios correspondientes.

109

Ya sea que se fundamente el recurso al interponerlo o en el trámite de segunda instancia, lo que resulta meridianamente claro es que carece de sentido que se lo exija dos veces. Este problema podría resolverse eliminando esta exigencia de expresar agravios y ordenando que la sala tome en cuenta los fundamentos expresados en el recurso que se le eleva.

Es cierto que una interpretación sistemática del artículo 58 del Código Procesal Constitucional (norma especial en relación con el Código Procesal Civil) podría conducir a entender que el requisito del 366 no resulta aplicable a los procesos constitucionales por cuanto la funda-

⁹ Distinto es el caso del recurso de reconsideración previsto en la Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo.

mentación en los procesos de tutela de derechos se realiza directamente ante la alzada. Sin embargo preferimos la primera opción, en primer lugar porque reduce un paso en el trámite de la alzada y además porque en nuestra tradición procesal los recursos de apelación deben contener las razones de la impugnación.

Si se adoptara nuestro criterio, la sala se limitaría a notificar a las partes procesales la fecha para la vista de la causa tomando en cuenta las razones impugnatorias contenidas en el recurso que llega a su conocimiento.

2.6. Improcedencia de la demanda cuando se haya consentido una improcedencia previa

Creo que debería introducirse una nueva causal de improcedencia de la demanda para el caso de que se haya recurrido a un segundo amparo cuando el primero fue declarado improcedente en primera instancia y no se haya interpuesto el recurso de apelación.

110

Una medida de esta naturaleza pretende impedir que se desnaturalice el proceso de amparo interponiendo una nueva demanda aprovechando que no existe litispendencia (porque el proceso está concluido) ni cosa juzgada (porque no existe pronunciamiento sobre el fondo del asunto y a que el demandado no ha tomado conocimiento sobre la existencia del proceso).

El Tribunal Constitucional tiene resuelto que: «El abuso de los procesos constitucionales no solo constituye grave daño al orden objetivo constitucional, sino también a la tutela de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Esto es así por cuanto, al hacerse un uso abusivo de los procesos constitucionales, se restringe la posibilidad de que este colegiado pueda resolver prontamente causas de quienes legítimamente recurren a este tipo de procesos a fin de que se tutele los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución» (STC 00047-2008-HC/TC, fundamento 6).

Existe una práctica anómala que consiste en interponer pluralidad de demandas hasta que alguna llegue a conocimiento de determinado órgano o finalmente sea admitida, consintiendo la improcedencia que se hubiese decretado en las demás. No existe consecuencias de tal proceder por cuanto si no se interpone el recurso de apelación el expediente se archiva directamente y no existe cosa juzgada por cuanto no se ha emitido pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Este auto de archivamiento por improcedencia consentida debería notificarse al demandado por cédula en el domicilio denunciado por el recurrente para asegurar que tome conocimiento de la resolución y pueda oponerse al progreso de una nueva demanda.

Actualmente, aun en el hipotético caso de que el demandado tomara conocimiento de la existencia del archivamiento por improcedencia consentida, no justificaría la articulación de excepciones en un subsiguiente proceso por cuanto no hay litispendencia (ya que el proceso previo está concluido) ni cosa juzgada (toda vez que no hubo pronunciamiento sobre el fondo del asunto).

111

2.7. La concesión del recurso de agravio constitucional

De acuerdo con el artículo 391 del Código Procesal Civil establece que recibida la casación, será la propia Corte Suprema la que resuelva «[...] declarando inadmisibile, procedente o improcedente el recurso».

De lo expuesto surgen al menos dos diferencias de gran envergadura. Primero, el recurso de agravio constitucional está previsto para una sola de las partes (el demandante vencido¹⁰) mientras que la ca-

¹⁰ Cuando la pretensión hubiese sido estimada con vulneración del debido proceso, o de cualquier otro derecho fundamental, el demandado arbitrariamente vencido podrá recurrir a la vía del amparo contra amparo. La procedencia extraordinaria de la demanda en este supuesto, se encuentra sujeta, según el Tribunal Constitucional a los requisitos: «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 04650-2007-PA/TC, fundamento 5); b. Su habilitación solo

sación puede ser interpuesta por cualquiera de las partes. En segundo término, el recurso de casación es concedido por la propia Corte Suprema de Justicia, y solo en el caso de que lo haya admitido emitirá un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, casando la sentencia de vista o no.

En relación con el recurso de agravio constitucional, en cambio, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional establece que: «Concedido el recurso, el presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad».

Es decir que el recurso de agravio constitucional es concedido por la sala superior que haya conocido de la controversia en segundo grado, siempre y cuando su decisión haya sido desestimatoria.

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 8 de la Constitución (Cfr. Sentencias emitidas en los expedientes 02663-2009-PHC/TC, fundamento 9, y 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 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 04063-2007-PA/TC, fundamento 3; STC 01797-2010-PA/TC, fundamento 3; RTC 03122-2010-PA/TC, fundamento 4; RTC 02668-2010-PA/TC, fundamento 4, entre otras)».

De acuerdo con lo expuesto, debe introducirse como facultad del Tribunal Constitucional calificar el recurso de agravio constitucional concedido por las salas.

¿Es exigible el recurso de agravio constitucional como requisito previo para interponer un amparo contra amparo cuando se trata de sentencias constitucionales desestimatorias?

✍ LUIS SÁENZ DÁVALOS*

Sumario: 1. Preliminares. 2. Del antiguo modelo de amparo contra amparo al actual. La discusión sobre la procedencia o no de contra amparos contra desestimatorias. 3. Lo que dice nuestra jurisprudencia. 4. Reflexiones finales.

115

1. Preliminares

Los modelos jurídicos suelen ser en muchos casos bastante prácticos para resolver incidencias o situaciones atípicas cuando han sido creados directamente por la ley, pues de alguna forma suponen partir de una base objetiva a partir de la cual se les va desarrollando por vía jurisprudencial.

No ocurre lo mismo, cuando esos mismos modelos han nacido directamente de la jurisprudencia, pues en tales supuestos ha sido esta última, la que sin referente alguno de por medio, ha tenido que ir moldeando de a pocos sus contenidos. La ley, en este contexto, ha sido uti-

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

lizada como elemento analógico solo y exclusivamente en lo que resulta estrictamente aplicable.

El amparo contra amparo o simplemente contra amparo, como también se le conoce, ha sido desde sus inicios y aún *a posteriori* una construcción esencialmente jurisprudencial. Y aunque es bien sabido que en algún momento nuestro Código Procesal Constitucional dijo algo sobre el tema, curiosamente fue más bien para negarlo antes que para auspiciarlo. Fue en ese escenario que la jurisprudencia —otra vez al rescate— se encargó de validarlo aunque sujeto a una serie de reglas a estas alturas bastante conocidas.

Ahora bien, el hecho de que las citadas reglas vengán siendo aplicadas y que se observe un determinado desarrollo a partir de las mismas, no ha impedido que ciertas pautas legales vengán siendo invocadas para regularlo. En precisamente este último escenario, el que ha originado determinados problemas interpretativos, pues aunque una cosa es aplicar la ley para fortalecer un modelo, otra distinta, es hacerlo para desnaturalizarlo.

Uno de los tópicos en donde precisamente se ha observado este fenómeno opera en el ámbito de aquellos procesos de amparo contra amparo promovidos contra sentencias constitucionales específicamente desestimatorias. Para una cierta corriente de opinión, las desestimatorias generadas en un primer amparo constitucional no podrían justificar *per se* un contra amparo, pues para tal efecto se tendría expedito el recurso de agravio constitucional dentro de la lógica planteada por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional que obliga al agotamiento de la totalidad de los recursos impugnatorios; para otra opinión, en cambio, cualquier sentencia o resolución expedida en vía constitucional que resulte contraria a la Constitución (a los derechos fundamentales, a la doctrina jurisprudencial vinculante, o a los precedentes constitucionales vinculantes) podría perfectamente y de forma independiente a su sentido estimatorio o desestimatorio, justificar un amparo contra amparo, prescindiendo para tal efecto de la antes citada regla procesal,

la misma que por otra parte se circunscribiría únicamente a los recursos impugnatorios ante el Poder Judicial, pero no así ante los que operen ante el Tribunal Constitucional.

¿Tiene la jurisprudencia constitucional una opinión formada al respecto? ¿Se encuentra totalmente cerrado el tema? Veámoslo a continuación.

2. Del antiguo modelo de amparo contra amparo al actual. La discusión sobre la procedencia o no de contra amparos contra desestimatorias

Definitivamente, una de las diferencias sustanciales entre el modelo de amparo contra amparo regulado por el precedente constitucional vinculante recaído en el Expediente 4853-204-AA/TC (caso Dirección Regional de Pesquería de la Libertad¹) y el modelo de amparo contra amparo anterior a dicha ejecutoria (que se encontraba regulado en lo esencial por la sentencia recaída en el Expediente 0200-2002-AA/TC, caso Ministerio de Pesquería²) radica en el hecho de que mientras en el antiguo esquema solo era procedente dicha variante procesal respecto de resoluciones constitucionales desestimatorias, el actual lo permite tanto contra las estimatorias como contra las desestimatorias.

117

En efecto, de acuerdo con el fundamento 9 del precedente antes citado:

[...] 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 de los propios jueces constitucionales y cuya intensidad sea tal que desnaturalice la propia tutela que deba prestarse a través de su actuación.

¹ Sentencia publicada el 22 de mayo de 2007.

² Sentencia publicada el 7 de marzo de 2003.

No se trata pues de una simple afirmación carente de sustento, sino de la recepción de una nueva visión en torno del contra amparo a partir de la cual lo que se juzga no opera en base a la dirección adoptada por la resolución cuestionada, sino en clave de actuaciones que puedan resultar o no compatibles con la Constitución.

Concordante con ello y en el marco de la adopción sistemática de reglas que se ha venido dando a lo largo de los años por vía de nuestra jurisprudencia se ha dejado claramente establecido que el amparo contra amparo «Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales estimatorias como contra las desestimatorias». Esta perspectiva, incluso, vendría a ser recogida desde muy temprano por vía de la resolución recaída en el Expediente 3029-2007-PA/TC (caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional³) y desde entonces se ha venido proyectando invariablemente hasta nuestros días.

118

Existen sin embargo, quienes piensan que las cosas no deberían ser de este modo y que por el contrario, habría un error de concepto en la posición asumida. Para quienes sostienen esta postura, no tendría ningún asidero que prospere un amparo contra amparo si de desestimatorios se trata, pues para tal efecto existiría expedito el recurso de agravio constitucional. Ratificaría dicho temperamento la regla contenida en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional que, como es bien sabido, postula que cualquier resolución judicial que se pretenda cuestionar por vía de amparo requiere ostentar el requisito de firmeza y esto último solo podría suceder si la resolución desestimatoria resulta recurrida haciendo uso de todos los mecanismos impugnatorios existentes, incluyendo por supuesto, el recurso de agravio constitucional. De esta forma y siendo obligatoria la citada variante recursiva se tendría que acudir directamente ante el Tribunal Constitucional y ya no pues al amparo contra amparo, con lo cual este último, solo quedaría reservado en lo esencial para el cuestionamiento de sentencias cons-

³ Resolución publicada el 5 de junio de 2008.

titucionales estimatorias presumiblemente violatorias de la Constitución o de sus derechos.

Aceptemos que el argumento esbozado no deja de ser sugerente y que a su favor tendría, quien sabe si una mayor rapidez en la resolución de las causas de este tipo si es eso lo que realmente se busca. Ello no obstante, creemos que hay varias cosas por precisar en este extremo.

a) La regla de firmeza no es absoluta

Para quienes asumen la posición descrita pareciera entenderse que la regla contenida en el artículo 4 del Código es por donde quiera que se le mire absoluta o aplicable en todos los escenarios, esto es, un mandato obligatorio que no admite ningún atisbo de distinción o elemental ponderación.

Creemos al respecto que la postura esbozada es errónea. Desde nuestra perspectiva, la regla de firmeza contenida en el Código se estableció fundamentalmente para la vía estrictamente judicial, no para aquellos mecanismos impugnatorios de acceso a organismos distintos como ocurre con el Tribunal Constitucional. Su naturaleza se basa en el principio de autocorrección, lo que opera con toda lógica en el caso de la judicatura ordinaria, pero no así en el del Tribunal Constitucional.

119

El mismo argumento de aplicación absoluta, ignora por otra parte, que ha sido la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha procedido a atenuar dicha regla en más de una ocasión, habilitándole al respecto una serie de excepciones, como ocurrió, por ejemplo, con la sentencia recaída en el Exp. 4107-2004-HC/TC (caso Leonel Richi Villar de la Cruz⁴) o en la emitida en el Exp. 911-2007-PA/TC (caso Telefónica del Perú S.A.⁵).

⁴ Sentencia publicada el 25 de mayo de 2005.

⁵ Sentencia publicada el 07 de noviembre de 2007.

Es más, existen casos en los que se acepta pacíficamente la libertad de opción entre el uso del recurso de agravio constitucional y la interposición de un amparo contra amparo. El más evidente de todos ellos opera, como es de sobra conocido, cuando se trata de resoluciones constitucionales que han desnaturalizado o incumplido en vía de ejecución lo resuelto ya sea por el Poder Judicial o por el propio Tribunal Constitucional. El recurso de agravio por incumplimiento de sentencias del Poder Judicial reconocido en la resolución recaída en el Expediente 0201-2007-Q/TC (caso Asociación pro-vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno⁶), o el recurso de apelación por salto por incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional establecido por el Exp. 0004-2009-PA/TC (caso Roberto Allcca Atachahua⁷), no impiden, en efecto, que el interesado pueda escoger entre la utilización de dichos instrumentos y el correspondiente proceso de amparo contra amparo con el mismo propósito.

120

No es pues el argumento de la firmeza absoluta, muy convincente que digamos.

b) La coherencia interna en el modelo amparo contra amparo

Pero donde tal vez existan mayores razones de cuestionamiento a la postura que aboga en pro de un acceso directo al Tribunal Constitucional, es en la propia coherencia a la que aspira el modelo procesal amparo contra amparo, a partir del elenco de reglas que lo caracterizan⁸.

Como es bien sabido, otra de las pautas del contra amparo, que incluso, ha sido constante o permanente a lo largo de todas y cada las etapas por las que ha atravesado dicho modelo procesal, es la de que no

⁶ Resolución publicada el 4 de diciembre de 2008.

⁷ Sentencia publicada el 15 de noviembre de 2010.

⁸ Una explicación detenida y actualizada de cada una de estas reglas, la tenemos en SÁENZ DÁVALOS, LUIS. «El amparo contra amparo en el Perú: Estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes», en PEÑA GONZÁLES, Óscar (coordinador). *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima: APECC, 2012, pp. 51 y ss.

caben procesos de este tipo contra decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional, pues este último representa el órgano de cierre y como tal no puede ser cuestionado sin que se debilite su condición de supremo intérprete de la Constitución.

Pues bien, si tomamos en cuenta esta última regla y la cotejamos con la que comentábamos anteriormente, según la cual es procedente el amparo contra amparo no solo respecto de resoluciones constitucionales estimatorias sino también respecto de las desestimatorias, resultaría un total contra sentido, que se pretenda obligar al justiciable afectado en sus derechos por una desestimatoria, a que promueva un recurso de agravio constitucional a sabiendas que lo que pueda decidir el Tribunal Constitucional, de no serle favorable a sus intereses, ya no pueda ser conocido en forma alguna vía amparo contra amparo.

El modelo procesal no puede pues auspiciar una regla, para luego terminar neutralizándola con otra regla. Es evidente que si el esquema procesal aspira a un mínimo de coherencia, todas las reglas, deben apuntar en una misma dirección o finalidad tutelar. Lo contrario no solo fomentaría la inseguridad, sino la absoluta imprevisión en los reclamos del justiciable.

121

c) La incidencia del principio *pro actione*

Otro de los aspectos a tomar en cuenta frente a una eventual exigencia de acudir al recurso de agravio, como única alternativa posible frente a una desestimatoria de amparo, tiene que ver con la incidencia que tal postura supondría sobre sus derechos como justiciable del contra amparo.

Si una demanda de amparo contra amparo fuese desestimada por improcedente so pretexto de que debe acudir al recurso de agravio constitucional, sería en la práctica, imponerle al afectado en sus derechos, una alternativa procesal que no necesariamente tiene por que considerarla mejor, si ese mismo demandante, se encuentra convencido de lo contrario.

El Código Procesal Constitucional, ha reconocido en el artículo III de su título preliminar, el principio *pro actione* que se traduce en la lógica del mayor beneficio para la demanda en caso de duda sobre su procedibilidad. En este contexto, y más allá de que el recurso de agravio constituya un recurso que permita el acceso al Tribunal Constitucional, estamos convencidos que si el demandante del contra amparo estima vital para sus intereses que sus reclamos sean canalizados a través de un nuevo proceso, la duda, antes que perjudicarlo, debe favorecerle.

d) La diferencia entre lo que se debate en instancia y lo que supone el contra amparo

No debe descartarse por supuesto, que sea el propio interesado, quien considere preferente irse al Tribunal Constitucional tras la interposición de su recurso de agravio, que acudir al Poder Judicial iniciando un contra amparo.

122

En tales circunstancias sin embargo, debiera tomarse muy en cuenta que una cosa es el análisis en sede de instancia y otra muy distinta, la discusión en vía de amparo contra amparo.

Lo que se discute en instancia es en lo esencial el tema de fondo que ha sido demandado y que ha venido siendo denegado total o parcialmente; lo que se debate en el amparo contra amparo es algo totalmente nuevo que no necesariamente o en todos los casos, tiene porqué coincidir con el tema de fondo. Bien podría tratarse de una resolución que cierra por completo el acceso a la vía constitucional sin tomarse la molestia de analizar la materia planteada, de un desestimatorio a una medida cautelar que carece de la debida motivación o de la denegación arbitraria de un recurso planteado en forma y termino oportuno. En todos estos casos, como en otros, la incidencia inconstitucional planteada, nada tiene que ver con lo que probablemente se está solicitando en el amparo. Ya se ha dicho en otro lugar⁹, aunque ahora es bueno

⁹ Cfr. SÁENZ DÁVALOS, Luis. «El amparo contra amparo en el Perú: Estado actual de la

reiterarlo, que otra de las reglas del amparo contra amparo se traduce en su procedencia contra lo resuelto en cualquier fase o etapa del proceso constitucional (postulatoria, recursiva, cautelar, ejecutiva, etc.). Siendo perfectamente posible que las desestimatorias no solo provengan de una sentencia sino de otro tipo de incidencias procesales, no termina siendo tan persuasiva la idea de que el recurso de agravio sea un eficaz sustituto del modelo procesal atípico, cuando este último y como se ha visto, tiene su propio sustento.

e) La estrategia procesal y el factor probatorio

No está demás añadir desde el punto de vista de la estrategia procesal a utilizarse, que la subida inmediata de un expediente constitucional ante el Tribunal Constitucional opera en estricto con los insumos probatorios que hasta ese momento se tiene.

La vía del amparo contra amparo permite, al revés de ello, un nuevo debate pero por sobre todo, el acopio de nuevo material probatorio con el que tal vez no se pudo contar desde un inicio. Es esta una razón adicional para que sea el propio interesado quien valore la conveniencia o no de irse de inmediato al Tribunal y por consiguiente, quien finalmente decida entre una u otra alternativa procesal. No debe olvidarse, por lo demás, que el Tribunal Constitucional no es tan poco infalible y puede ignorar muchas cosas que giran alrededor de un expediente constitucional. Recuérdese sino lo sucedido en el Expediente 006-2006-PC/TC (caso Poder Ejecutivo vs. Poder Judicial¹⁰) en el que se anulaban un número bastante amplio de sentencias constitucionales supuestamente por vulnerar un precedente constitucional vinculante del propio Tribunal, sin percatarse que muchas de dichas sentencias habían sido emitidas mucho antes de que existiera el citado precedente¹¹.

cuestión a la luz de los precedentes existentes». En: PEÑA GONZÁLES, Óscar [coordinador]. *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*, pp. 93-94.

¹⁰ Sentencia publicada el 22 de marzo de 2007.

¹¹ Un análisis de dicha sentencia y de la enorme discusión que generó, lo tenemos en

Ello, difícilmente habría ocurrido, de haberse contado con material probatorio adecuado.

3. Lo que dice nuestra jurisprudencia

Para que una determinada corriente jurisprudencial pueda considerarse definida, tiene que haber una cierta reiteración en los criterios o temperamentos asumidos. Ello por supuesto, sin perjuicio de que el juzgador constitucional pueda en cualquier momento optar entre variar dicha tendencia o, por el contrario, fortalecerla en definitiva.

En el tema que nos ocupa, no creemos que exista una abierta o consolidada tendencia jurisprudencial, como de pronto si la hay en otros aspectos, incluso del propio contra amparo, pero es un hecho incuestionable que si exploramos en detalle nuestra casuística, si nos encontramos con algunas respuestas dispensadas por nuestro Tribunal Constitucional que de alguna manera permitirían presumir la legitimidad de la explicación que hasta aquí se ha hecho.

124

El ejemplo más notorio de todos, nos lo proporciona la sentencia recaída en el Expediente 04163-2009-PA/TC (caso Marcial Bustamante Saavedra, procurador público del gobierno municipal provincial de Moyobamba¹²) cuyos fundamentos 3, 4 y 5 parecieran manejar una idea totalmente concluyente sobre el tema.

En efecto, en el fundamento 3 de dicha ejecutoria, el colegiado se plantearía varias cosas, pero por sobre todo, se preguntaría:

Respecto a la existencia de resolución firme como requisito *sine qua non* para la interposición de un amparo contra resolución judicial, el artículo 4° del Código Procesal Constitucional establece que procede

GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coordinador). *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional, N° 4. Lima: Palestra Editores, 2007.

¹² Sentencia publicada el 21 de setiembre de 2010.

el amparo contra resoluciones judiciales firmes que agraven en forma manifiesta la tutela procesal efectiva. En el mismo sentido este Colegiado ha señalado 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» (STC 4107-2004-HC/TC, fundamento 5). Cabe preguntarse entonces si presentándose la intención de proponerse una demanda de «amparo contra amparo» ¿es necesario que en el primer amparo se haya agotado el recurso de agravio constitucional? Este Colegiado considera que, a la luz de la jurisprudencia emitida sobre la materia, no resulta obligatorio la interposición del recurso de agravio constitucional para que el primer amparo adquiera la firmeza deseada por el artículo 4° del Código Procesal Constitucional y de este modo proceda la demanda de «amparo contra amparo». Y es que tal como lo ha señalado este mismo Colegiado «el amparo contra amparo se configura como una excepción dentro de la excepción, [...] se considera pertinente dejar establecido que su uso excepcional solo podrá prosperar por única vez y conforme a las reglas que se desarrollan más adelante» (STC 04853-2004-AA/TC, fundamento 7). Precisamente una de dichas reglas especiales es que «no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional».

125

La razón de ello estriba en que el Tribunal Constitucional, quiérase o no y de acuerdo a nuestra configuración constitucional, es el órgano último o de cierre de la justicia constitucional, como tal sus decisiones no pueden ser revisadas en sede interna.

El fundamento 4 iría mucho más allá, agregando al respecto que:

Por tanto, el no agotamiento del recurso de agravio constitucional en el primer amparo, antes que una omisión o negligencia procesal constituía una opción permitida por las reglas procesales del amparo contra amparo establecidas en la sentencia del Tribunal a que hacemos referencias en el fundamento 3° *supra*; por lo que frente a una sentencia estimatoria en la que se alegue vulneración a derecho fundamental, o inaplicación de precedente, las emplazadas hasta la fecha de la publicación de la STC 3908-2007-PA/TC, tenían la facultad de interpo-

ner amparo contra amparo o recurrir al recurso excepcional de agravio siempre que se haya afectado un precedente vinculante.

El fundamento 5, por último y de cara al supuesto materia de juzgamiento, terminaría enfatizando:

Que en el caso concreto, el accionante optó por recurrir al amparo contra amparo, en razón a las reglas procesales establecidas primigeniamente, toda vez que su pretensión se sustentaba no solo a la vulneración de un precedente vinculante, sino también a la vulneración de derechos constitucionales, de modo tal que al interponerse el amparo contra amparo el requisito de firmeza del primer amparo se flexibiliza, y por tanto el agotamiento del recurso de agravio constitucional se vuelve opcional.

No es pues cualquier cosa lo que se nos dice en esta ejecutoria, por lo demás, adoptada por la unanimidad de los magistrados que integran el Tribunal Constitucional, se trata de un pronunciamiento donde en rigor se analiza varias cosas que justificarían la no exigibilidad del recurso de agravio constitucional en los supuestos de contra amparos resueltos en forma desestimatoria, entre ellas, la excepcionalidad del régimen amparo contra amparo, la posición del Tribunal como órgano de cierre, el carácter opcional del recurso de agravio, la flexibilidad del requisito de firmeza en los procesos de contra amparo, etc.

126

Hay pues una voluntad expresa de encarar el tema y a su modo, de complementar una idea que de pronto pudo no quedar suficientemente clara tras emitirse el precedente constitucional vinculante recaído en el Expediente 4853-2004-PA/TC y el desarrollo jurisprudencial dispensado *a posteriori*.

Otra ejecutoria que vale la pena mencionar es la emitida en el Expediente 0004-2009-PA/TC, citado con anterioridad.

Aun cuando este último pronunciamiento se expediría en el marco de un reclamo por incumplimiento de una sentencia constitucional,

dando lugar al nacimiento del recurso de apelación por salto a favor de sentencias del Tribunal Constitucional, es importante precisar que de conformidad con lo establecido en su fundamento 7:

Debe asimismo reiterarse que conforme se ha establecido desde la sentencia recaída en el Exp. 04063-2007-PA/TC, aun cuando las citadas reglas del amparo contra amparo han sido configuradas bajo 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 torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, incluso en la de ejecución de sentencia. En dicho contexto, mal podría exigírsele al recurrente promover un recurso de agravio constitucional cuando, como se aprecia, ha optado libremente por una vía procesal alterna permitida y desarrollada en el ámbito de la jurisprudencia de este Tribunal, a los efectos de lograr el mismo propósito u objetivo (la ejecución efectiva de una sentencia constitucional).

127

El tema de la alternatividad en el uso del recurso agravio se hace aquí bastante más patente, motivando que el Tribunal deje claramente establecido que el mismo, no enerva de ninguna manera la posibilidad de que el demandante pueda promover un amparo contra amparo, lo que indirectamente ratifica una fórmula semejante a la asumida en el Expediente 04163-2009-PA/TC.

Opción muy semejante a esta también la encontramos y de modo mucho más frontal en la resolución recaída en el Expediente 2415-2011-PA/TC (caso Margarita del Campo Vegas¹³) cuyo fundamento 3 daría por sentado que:

Este Colegiado, atendiendo a lo resuelto en primera y segunda instancia por los órganos del Poder Judicial, discrepa de las decisiones emitidas por ellos, teniendo a bien precisar que la existencia de una resolución judicial firme como requisito para que proceda una deman-

¹³ Resolución publicada el 10 de octubre de 2011.

da de «amparo contra amparo» dirigida a cuestionar lo resuelto en fase de ejecución de sentencia de un proceso constitucional, está circunscrito estrictamente al agotamiento o la interposición de los recursos regulados por la ley de la materia, los cuales tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución judicial impugnada (Cfr. STC 02494-2005-AA/TC, fundamento 16 y STC 04107-2004-HC/TC, fundamento 5). Por tal motivo, los recursos de agravio constitucional y de apelación *per saltum* (RTC 168-2007-Q/TC, RTC 0201-2007-Q/TC y STC 0004-2009-PA/TC) creados jurisprudencialmente por este Colegiado para promover la ejecución de sentencias expedidas por el Poder Judicial o por el Tribunal Constitucional constituyen recursos opcionales –no obligatorios– cuyo agotamiento no puede ser exigido por los órganos judiciales para que proceda una demanda de amparo contra amparo.

128

Como se observa de estas tres ejecutorias y más allá de que los escenarios casuísticos hayan respondido a supuestos de hecho diferentes, la jurisprudencia ha venido asumiendo que la naturaleza del recurso de agravio constitucional, no es pues igual a la de un medio impugnatorio más y que en definitiva, cuando de denegatorias en vía de contra amparo se trata, asume esté un carácter absolutamente opcional (puede o no ejercerse), lo que supone que de optarse por su interposición, el caso pasara en definitiva al Tribunal Constitucional, sin posibilidad alguna de revisar lo que luego se resuelva (por lo menos en sede interna), mientras que de asumirse la alternativa de un amparo contra amparo, el debate quedará abierto a expensas de una futura dilucidación.

Conviene por último precisar que de la extensa cantidad de contra amparos conocidos y resueltos hasta la fecha por nuestro Tribunal Constitucional, no conocemos de un caso en el que tras dilucidarse detenidamente sobre la materia en cuestión, se haya sostenido que frente a una resolución constitucional desestimatoria, se hace improcedente el amparo contra amparo por no haberse interpuesto el recurso de agravio constitucional.

4. Reflexiones finales

Tenemos la impresión que el modelo procesal de contra amparo diseñado por nuestra jurisprudencia con el tiempo no solo ha ido madurando, sino ofreciendo fórmulas de respuesta frente a situaciones atípicas que de pronto no fueron previstas de modo directo por los casos piloto que en su día establecieron reglas o pautas al respecto.

Pensar que el precedente constitucional recaído en el Expediente 4853-2004-PA/TC fue todo lo integral del caso, sería francamente ingenuo. Siendo bastante útil, hace buen rato que la casuística lo ha ido complementando y prueba de ello es que muchos de los temas que han ido desarrollándose por vía de las reglas de las que actualmente habla la jurisprudencia no fueron originalmente previstos de modo expreso (la necesidad de que en los contra amparos laborales se exija como requisito previo el cumplimiento del mandato contenido en la sentencia constitucional que se cuestiona, la excepción a la prohibición de promover más de contra amparo cuando se las partes procesales no sean las mismas, la procedencia del amparo contra amparo no solo contra sentencias sino contra resoluciones emitidas en cualquier fase o etapa del proceso constitucional, etc.).

129

El supuesto que aquí hemos comentado podría decirse que se encuentra dentro de aquellos que se hacía necesario o pertinente de precisar para fortalecer la coherencia de un modelo en el que se privilegió el contra amparo no a partir del resultado de la resolución cuestionada (favorable o desfavorable) sino en función de si se vulneraron o no los derechos constitucionales o, en definitiva, si se respetó o no la Constitución.

En este contexto, habilitar el amparo contra amparo contra desestimatorias no puede pues ser compatible con la idea de exigir al mismo tiempo el recurso de agravio constitucional, pues tal escenario llevaría al absurdo de que quien se ve afectado en sus derechos por una resolución o sentencia constitucional desestimatoria tenga que pasar previamente por el Tribunal Constitucional, cuando otra de las reglas del contra

amparo le dice enfáticamente que lo decidido por dicho órgano, no puede ser cuestionado por vía de amparo contra amparo. O es una cosa o es la otra pero no puede ser las dos al mismo tiempo, siendo el propio justiciable quien en todo caso debería escoger con sujeción estricta a lo que pueda ser más conveniente a sus propios derechos o intereses.

Los modelos jurídicos y las reglas aplicables a los mismos deben diseñarse para hacerlo coherente, no así para desnaturalizarlo. Es eso en definitiva, lo que creemos.

Por supuesto, el Tribunal Constitucional es quien tiene la palabra final a través de su jurisprudencia y bien podría avalar lo hasta ahora avanzado o, por supuesto, apartarse en definitiva de dicho derrotero. Si así fuese habrá que estudiar y ponderar dicho camino, más allá del sentido que se adopte.

La improcedencia del amparo por existir «vías específicas e igualmente satisfactorias»

✍ JUAN MANUEL SOSA SACIO*

Sumario: 1. Introducción. 2. Justificación constitucional de esta causal de improcedencia. 3. Exigencias que se derivan de esta causal de improcedencia. 3.1. Exigencias para el justiciable. 3.2. Exigencias para el juez. 4. ¿Cuándo existe una vía específica e igualmente satisfactoria? 4.1. Presupuesto del precedente: el juez ordinario como juez constitucional. 4.2. La existencia de una vía judicial «específica» y las precisiones del caso Alejandro Toledo y otra. 5. El «análisis de pertinencia de la vía constitucional» establecido en el precedente Elgo Ríos. 5.1. ¿Qué es una vía igualmente satisfactoria?: perspectiva objetiva. 5.2. ¿Qué es una vía igualmente satisfactoria?: perspectiva subjetiva. 6. Consideraciones finales sobre el «análisis de pertinencia de la vía constitucional».

131

1. Introducción

El artículo 5 del Código Procesal Constitucional regula las principales causales de improcedencia aplicables a los procesos de tutela de derechos y, en especial, al proceso de amparo¹. Entre estas

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de posgrado en la PUCP y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de Constitucionalismo Crítico.

¹ No son las únicas causales para rechazar una demanda de amparo por improcedente. Están, por ejemplo, los supuestos de cese o irreparabilidad del daño luego de interpuesta la demanda (artículo 1 del Código), la procedencia excepcional del amparo contra resoluciones judiciales (artículo 4 del Código) y del amparo contra amparo (STC Exp. 4853-

causales, hay una que cambia el anterior régimen de admisión de procesos de amparo por uno «residual» o «excepcional»². Se trata de la causal de improcedencia contenida en el inciso 2, que prescribe lo siguiente:

Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

[...]

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.

Conforme a esta disposición, solo debería acudir a la vía extraordinaria del amparo para solicitar la tutela de los derechos constitucionales si es que no existe una vía ordinaria que sirva de igual o mejor modo para salvaguardar los mismos derechos.

132

El régimen anterior a este «amparo residual» era denominado modelo de «amparo alternativo» (o de «alternatividad» del amparo) conforme al cual el demandante podía escoger, con total discrecionalidad, a cuál de las vías judiciales deseaba acudir para solicitar al protección de sus derechos constitucionales: si a la ordinaria o a la constitucional.

En estricto, lo que prescribía la Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, norma que regulaba el proceso de amparo hasta antes de que entrara en vigor el Código Procesal Constitucional, era lo siguiente:

Artículo 6.- No proceden las acciones de garantía:

[...]

3. Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria.

2004-PA/TC, STC Exp. 0092-2012-AA/TC), la improcedencia del amparo contra normas heteroaplicativas (artículo 3 del Código, RTC Exp. 00615-2011-PA/TC y STC Exp. 04363-2009-PA/TC), entre varios otros supuestos más.

² Se ha usado también la expresión «subsidiario» (amparo subsidiario) para definir nuestro modelo de amparo; sin embargo, esta expresión no es muy precisa, atendiendo a su significado en el ámbito comparado, destinada a los casos en los que se requiere agotar previamente la vía judicial antes de ir al recurso de amparo.

Esta disposición señalaba entonces que si el demandante acudía a la vía ordinaria para solicitar tutela, descartaba con ello la posibilidad de ir luego al amparo para pedir lo mismo. Pero tal era la consecuencia de haber elegido a un proceso ordinario y no el amparo. Sin embargo, bien visto, en un inicio el demandante podría haber decidido con toda libertad si acudir a una u otra vía.

Como se sabe, este régimen de alternatividad del amparo generó una excesiva carga procesal que distorsionó el carácter célere urgente con el que suele caracterizar a los procesos constitucionales de tutela de derechos.

En efecto, el modelo de amparo alternativo, si bien tuvo una justificación razonable en su momento –que era evitar que los jueces se negaran a avocarse a estos procesos alegando sin más la existencia de procesos ordinarios³–, permitió que malos litigantes llevaran al amparo pretensiones que, o bien no estaban referidas a asuntos propiamente constitucionales, o bien podían ser discutidas en la vía ordinaria sin necesidad de sobreexplotar un bien escaso como es la «justicia constitucional»⁴.

133

Los autores del Código, precisamente, lo expresaron en estos términos:

La norma (se refiere a la Ley 23506, antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo) facilitó la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso de tutela de urgencia, para la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente constitucional. Hubo, sin lugar a

³ AA. VV. *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Lima: Tribunal Constitucional, 3ª edición, 2008, pp. 71-72.

⁴ Cfr. WAHL, Rainer y WIELAND, Joachim. «La justicia constitucional como bien escaso: el acceso al Bundesverfassungsgericht». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 17, N° 51, p. 35.

dudas, un exceso de amparos que abarrotaron los estrados judiciales y lo convirtió en el sucedáneo de los demás procesos.⁵

Ahora bien, siendo noble la finalidad de esta causal de improcedencia que venimos analizando, también es cierto que han existido muchas dificultades y vicisitudes en su aplicación.

Por una parte, se trata de la causal más utilizada para rechazar liminarmente o para declarar improcedentes las demandas de amparo. Esto se ha puesto recientemente de relieve, por ejemplo, con el Informe Defensorial 172, «Estudio del proceso de amparo en el distrito judicial de Lima: fortaleciendo la justicia constitucional». En este estudio la Defensoría del Pueblo informa que, del total de demandas rechazadas *in limine*⁶, la mitad de ellas son declaradas improcedentes por esta causal⁷.

134

Ello puede deberse básicamente a dos razones: o bien los justiciables están presentando indebidamente demandas de amparo sobre cuestiones que en realidad deberían ser tramitadas en otra vía (lo que nos diría que esta causal de improcedencia no está cumpliendo con su finalidad); o bien que los jueces constitucionales están rechazando indebida e irresponsablemente varias de las demandas de amparo (con lo

⁵ ABAD, Samuel *et al.* *Ob. cit.*, p. 72.

⁶ Es decir, rechazadas de plano luego de interpuesta la demanda, sin mayor trámite.

⁷ Este Informe, si bien solo toma como muestra a los juzgados constitucionales de Lima, revela una realidad que se refleja en otros distritos judiciales y en los diferentes grados. En este Informe se aprecia que, del universo de expedientes revisados, el 40% de demandas fueron rechazadas por improcedentes solo en la fase de calificación (p. 34); que entre las principales causales para declarar la improcedencia de las demandas están la existencia de una vía igualmente satisfactoria (50%), la ausencia de violación a un derecho constitucional (25%) y la falta de agotamiento de las vías previas (10%) (p. 35); y, con respecto a la culminación del proceso, que el 38% de causas obtuvieron sentencia sobre el fondo, el 36% fueron resueltas a través de auto de improcedencia liminar, el 19% obtuvo un auto de improcedencia y un 6% terminaron con resoluciones que declararon fundada una excepción. Puede revisarse este interesante Informe en: <<http://www.defensoria.gob.pe/modules/downloads/informes/defensoriales/informe-defensorial-N-172-2015.pdf>>.

cual, tampoco habríamos superado lo que quiso resolver la antigua Ley 23506, hace más de treinta años).

Asimismo, y estrechamente vinculado con lo anterior, un asunto que no vino resuelto por el Código Procesal Constitucional al instaurarse esta causal de improcedencia tiene que ver con el contenido y alcances que se le atribuye.

Al respecto, no queda claro –pues se tratan de conceptos jurídicos indeterminados– cuándo una vía judicial ordinaria puede considerarse como «específica», por una parte, y como «adecuada» o «igualmente satisfactoria» con respecto a la tutela que puede brindar el proceso de amparo, por otra.

Ante la imprecisión de esta causal y la pluralidad de criterios que se venía utilizando en la judicatura –entre los que no pocas veces se encontraban criterios francamente indolentes con la tutela iusfundamental requerida–, este tema fue abordado frontalmente por el Poder Judicial. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de Resolución Administrativa de la Sala Plena 252-2007-P-PJ, de fecha 30 de octubre de 2007, acordó:

135

Recomendar a los distintos órganos jurisdiccionales del territorio de la República en cuyo conocimiento se ponga una demanda de amparo, tener en cuenta los siguientes criterios establecidos a nivel doctrinario y jurisprudencial, para la determinación de si se está ante una vía «Igualmente satisfactoria»: (a) Irreparabilidad del daño al derecho invocado si se recurre a los medios ordinarios de protección; (b) Probanza que no existen vías ordinarias idóneas para tutelar un derecho (acreditando para ello evaluaciones sobre la rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado); (c) Análisis del trámite previsto a cada medio procesal, así como sobre la prontitud de esa tramitación; y (d) Evaluación acerca de la inminencia del peligro sobre el derecho invocado, la adopción de medidas o procuración de los medios para evitar la irreversibilidad del daño alegado o acerca de la anticipación con la cual toma conocimiento de una causa.

Se verifica, entonces, que esta causal de improcedencia, referida a la existencia de una «vía igualmente satisfactoria», tiene una enorme importancia pues sobre ella recae gran parte de la responsabilidad de racionalizar un bien escaso como es la «justicia constitucional», siendo la causal más utilizada para rechazar liminarmente y para declarar improcedentes las demandas de amparo.

No obstante ello, al mismo tiempo, tiene un contenido que no es tan claro y que no venía siendo utilizado correctamente por los jueces aplicadores, frente a lo cual el Tribunal Constitucional ha emitido un precedente constitucional recaído en la STC Expediente 02383-2013-PA/TC, caso Elgo Ríos, con la finalidad de solucionar esta problemática.

Hecho este recuento introductorio, pasemos ahora a indicar cuál será la estructura del presente trabajo. En primer lugar, nos referiremos al fundamento constitucional de esta causal de improcedencia, debido a que contra ella se han formulado críticas que acusan su posible inconstitucionalidad, por tratarse de una restricción a la tutela de derechos fundamentales que no contaría con asidero constitucional. En segundo lugar, nos referiremos a las exigencias que surgen de esta causal, tanto para la judicatura como para la parte demandante.

Luego de ello, nos avocaremos propiamente a lo que significa que una vía sea considerada «específica» e «igualmente satisfactoria», sobre la base de diversa jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, y en especial a la luz de lo señalado en el precedente Elgo Ríos (STC Exp. 02383-2013-PA/TC) así como a un extremo de lo indicado en el caso Alejandro Toledo y otra (STC Exp. 04968-2014-HC/TC), donde se hace una importante precisión al «análisis de pertinencia de la vía constitucional» establecido en el antes mencionado precedente. Empecemos, entonces, por la crítica que se hace a la constitucionalidad de esta causal.

2. Justificación constitucional de esta causal de improcedencia

Como hemos adelantado, podría objetarse que la regulación que dispone el «amparo residual» es muy restrictiva y de dudosa constitucionalidad⁸, ya que la Norma Fundamental no impone expresamente ninguna barrera como la regulada en la causal bajo análisis, para acudir al amparo a solicitar la tutela de los derechos constitucionales.

Al respecto, si bien es cierto que la Constitución no establece directamente un modelo residual de amparo, no es menos verdad que tal regulación podría justificarse sin mayor inconveniente a partir del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que forma parte del ordenamiento jurídico nacional y a cuya luz deben interpretarse los derechos constitucionales—, que señala que toda persona en el Perú tiene derecho a contar con un recurso rápido que permita la tutela efectiva de sus derechos constitucionales. Efectivamente, la mencionada disposición señala lo siguiente:

137

Artículo 25. Protección judicial

1. 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 (resaltado agregado).

⁸ Es el caso del profesor Luis CASTILLO, quien consideró que la referida disposición que regula el amparo alternativo podría considerarse inconstitucional, aunque planteó una forma de entender esta causal que superaría dicho vicio (CASTILLO, Luis. «El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser». En: *Justicia Constitucional*. Año I, N° 2, Lima: Palestra, agosto-diciembre, 2005). Más recientemente, cfr. CASTILLO, Luis. «El análisis de pertinencia de la vía constitucional para determinar la vía igualmente satisfactoria que el amparo», en: *Gaceta Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo 82, octubre, 2014, p. 20; *idem*. «Ser y deber ser en los procesos constitucionales de la libertad», en: *Pensamiento Constitucional*. N° 19, Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 278.

Al respecto, es claro que el proceso de amparo ha sido previsto en nuestro país como el principal mecanismo de tutela judicial de los derechos constitucionales, el cual debe ser célere y tuitivo, sin ritualismos que ralenticen u obstaculicen la protección⁹. Empero, la sola existencia de este proceso no descarta la posibilidad de que se prevea la existencia de otros procesos judiciales a través de los cuales también pueda protegerse los derechos fundamentales de manera óptima y efectiva. Y es que, como veremos luego, los jueces ordinarios también son *lato sensu* jueces constitucionales, en la medida que sobre ellos también recae el deber de tutelar los derechos fundamentales de modo especialmente deferente.

Por ello, no es irrazonable ni inconstitucional que el Código Procesal Constitucional haya planteado un modelo de amparo excepcional o residual, con la finalidad de mantener al amparo como una vía sencilla y rápida, en la que pueda conseguirse una tutela idónea de los derechos, como dispone el artículo 25 de la Convención¹⁰. En todo caso, y es necesario precisar que esta residualidad del amparo solo podrá ser considerada conforme con la Constitución a condición de que los derechos fundamentales siempre puedan ser protegidos de manera tempestiva y eficaz en la vía judicial que corresponda (trátese del amparo o de la vía ordinaria).

⁹ Incluso más, el Tribunal Constitucional se ha referido a la existencia de un «derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales» como un auténtico derecho subjetivo-constitucional; *vide* STC Exp. 1230-2002-HC, f. j. 4.

¹⁰ De hecho, la consagración del «amparo subsidiario» en el Código Procesal Constitucional busca hacer frente a un conocido problema en nuestro medio: el de la denominada «amparización de las causas» y la correspondiente «inflación» de los procesos constitucionales. Cfr. EGUIGUREN, Francisco. «El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable». En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. N° 11, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 118; ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. «La consagración del amparo residual en el Perú. Sus alcances y repercusiones». En: Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy (coordinador), Lima: Jurista Editores, 2005, p. 150.

Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que, debido a que el amparo ha sido diseñado como una vía especialmente rápida y urgente (tempestiva), difícilmente podríamos encontrar procesos que, en abstracto, tengan una regulación tan protectora como el amparo¹¹. Sin embargo, como veremos luego, la estructura de la vía en abstracto, es decir, el diseño del proceso tal y como aparece en la regulación correspondiente, no es lo único a tener en cuenta al momento de evaluar la idoneidad de la vía.

Empero, en su momento ya nos referiremos a los criterios que existen para determinar cuándo una vía judicial ordinaria es igual de satisfactoria que el proceso de amparo (consideraciones a las que además el Tribunal Constitucional ha otorgado el estatus de precedente constitucional). Por ahora, antes de ello, es conveniente explicar brevemente cuáles son las exigencias que derivan de esta cláusula de residualidad, tanto para el demandante como para los jueces.

139

3. Exigencias que se derivan de esta causal de improcedencia

Toca referirnos entonces a las exigencias que corresponden tanto para el juez como para el demandante en relación con la causal de improcedencia bajo análisis. Al respecto, si bien es cierto que los jueces no deben declarar sin más la improcedencia de las demandas, pues se trata de una forma de rechazo excepcional¹², también es cierto que en muchas ocasiones los justiciables interponen demandas totalmente impertinentes, utilizando indebida y perversamente la vía constitucional, con lo cual se incide negativamente en las posibilidades de que otros

¹¹ No obstante ello, algunas modificaciones legislativas recientes en el ámbito de los procesos ordinarios permiten contar con vías bastante eficientes, tan e incluso más protectoras que el amparo, cuando menos en abstracto, como ha señalado el Tribunal Constitucional (por ejemplo al referir al proceso laboral abreviado, como veremos luego).

¹² Recordemos que el rechazo liminar de las demandas o su declaración de improcedencia jamás puede hacerse de modo ligero y menos aún arbitrario, *vid.*: RTC Exp. 03321-2011-AA/TC, f. j. 3; RTC Exp. 02039-2010-AA, f. j. 5.

justiciables obtengan una reparación debida y oportuna, como dejamos anotado en la parte introductoria de este trabajo.

Señalado esto, nos preguntamos entonces: ¿qué corresponde exigir a los justiciables y los jueces constitucionales sobre la base de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional? Como veremos seguidamente, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ello y ha esclarecido en buena parte esta cuestión.

3.1. Exigencias para el justiciable

En lo que se refiere al demandante en los procesos de amparo¹³, a este se le exige que presente un petitorio que merezca ser resuelto a través de esta vía urgente y, en caso exista otra vía en la que pueda tutelarse el derecho constitucional invocado, deberá explicar por qué es a través del amparo, y no de la vía ordinaria, que debería ser resuelta su pretensión.

140

Sobre esto, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que «correspond[e] 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» (RTC Exp. 03792-2010-AA/TC, f. j. 7, resultado nuestro).

De esta forma, recae en el amparista la carga de explicar porqué su demanda debe ser resuelta en la vía constitucional; explicación que, por cierto, no puede ser meramente genérica, retórica o desprolija¹⁴. A esta tarea no siempre sencilla ayuda sin duda el precedente constitucional establecido por el máximo intérprete de la constitucionalidad en el caso Elgo Ríos (STC Exp. 02383-2013-PA/TC), tal como veremos luego.

¹³ Así como en los procesos de hábeas data y cumplimiento, a los que resultan aplicables esta causal de improcedencia.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, la RTC Exp. 04650-2011-AA/TC, f. j. 6 y la RTC Exp. 05491-2013-AA/TC, f. j. 4.

3.2. Exigencias para el juez

En lo que respecta a los jueces constitucionales, el Tribunal Constitucional, antes del precedente fijado en el caso Elgo Ríos, había establecido que, aunque sea cierto que al demandante le toca alegar la inexistencia de otra vía en la que su derecho pueda ser bien tutelado, esta exigencia solo sería razonable si la justicia constitucional había indicado previamente cuáles serían esas vías ordinarias a las que podría acudir el justiciable para obtener una adecuada protección.

Así, el colegiado constitucional sostuvo en relación con esta causal de improcedencia, que:

[A] juicio de este Colegiado, respecto a la aplicación del inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional por parte de las instancias jurisdiccionales precedentes, debe precisarse que dicha causal de improcedencia resulta de aplicación en todos aquellos casos en los que *la justicia constitucional, previamente a la interposición de una demanda, haya determinado de modo concreto cuál es la vía igualmente satisfactoria para la protección de un derecho fundamental*, de modo que, por ejemplo, resultará improcedente que un justiciable interponga una demanda de amparo cuando pese a haberse determinado que hay una vía «jurisdiccional» ordinaria que pueda proteger igualmente su derecho, haya decidido acudir al amparo. *Si la jurisdicción constitucional no ha establecido previa y claramente cuál es la vía igualmente satisfactoria para la protección de un derecho fundamental, entonces no se puede aplicar esta causal para desestimar demandas de amparo.* Tal proceder afectaría el derecho de libre acceso a la jurisdicción del justiciable pues se le aplica una carga irrazonable, como es aquella de que sea él quien examine todos los procesos jurisdiccionales ordinarios y verifique cuál de ellos es igualmente idóneo y eficaz en la protección de un derecho fundamental, cuando en realidad *esta carga le corresponde a la jurisdicción constitucional*, antes de que se interponga una demanda. RTC Exp. 00951-2008-AA/TC, f. j. 3, cursivas agregadas.

No obstante la contundencia de lo afirmado, este no fue un criterio que el propio Tribunal hay seguido con esmero¹⁵, siendo que solo en algunas pocas ocasiones llegó a indicar de modo expreso, frente a supuestos y pretensiones bien específicos, cuál sería la vía ordinaria idónea a la que debería acudir el justiciable en vez del amparo. De esta manera, por ejemplo, en un caso –en el que además se estableció un precedente constitucional vinculante– el Tribunal sostuvo explícitamente que tanto el «recurso de anulación» previsto en el Decreto Legislativo 1071 (norma que regula el arbitraje); como los recursos de «apelación» y «anulación» conforme a la Ley General de Arbitraje (Ley 26572), «constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional» (cfr. STC Exp. 00142-2011-AA/TC, ff. jj. 20 y 21¹⁶).

142

En todo caso, bien visto, esta exigencia de que la judicatura constitucional establezca previamente cuáles serían las vías igualmente satisfactorias a las que podría acudir, para solo luego de ello considerarse competente para rechazar las demandas de amparo, constituía un criterio desproporcionado, y hasta con efectos perniciosos de ser cumplido. Su acatamiento hubiera significado, por ejemplo, admitir a trámite y resolver demandas de amparo, pese a que, con toda certeza, existen vías ordinarias idóneas para lograr la misma tutela, solo porque el Tribunal no explicitó cuáles eran ellas previamente (pese a estar prevista la improcedencia en el Código Procesal Constitucional). Incluso más, desarrollando las obvias consecuencias de este criterio que supuestamente debía asumir el Tribunal, los jueces constitucionales estarían obligados a analizar en abstracto todas las posibles vías judiciales ordinarias exis-

¹⁵ Este criterio fue aplicado, por ejemplo, en la RTC Exp. 2156-2011-AA/TC, y reproducido en la RTC Exp. 4167-2008-AA/TC.

¹⁶ Precedente que, como explicaremos luego, merecería ser revisado a la luz de lo resuelto en la STC Exp. 02383-2013-PA/TC, caso Elgo Ríos.

tentes, para establecer una especie de catálogo general de todas «vías igualmente satisfactorias», pues solo con ello podría declararse, sin riesgo de admitir indebidamente a trámite una demanda de amparo, una improcedencia sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

Este criterio, como era de esperar, fue dejado de lado. Esto ocurrió, pues, con el establecimiento del tantas veces mencionado precedente constitucional contenido en la STC Exp. 02383-2013-PA/TC, caso Elgo Ríos, ya que allí se abandona el referido criterio de «determinación previa» de las vías ordinarias idóneas, al establecerse cuatro criterios que deberán tener en cuenta los jueces constitucionales para saber si desestiman o no una demanda de amparo en aplicación de la causal de improcedencia que venimos comentando.

Dicho esto, la obligación (*rectius*, carga) de los demandantes es argumentar que no existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria, y que, de existir, sus casos de todas formas deberían ser conocidos excepcionalmente a través del amparo; mientras que a los jueces constitucionales les corresponde declarar la improcedencia de las demandas de amparo, en aplicación del inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, en caso no exista una vía ordinaria específica e igualmente satisfactoria en la que pueda resolverse la pretensión, ni alguna justificación adicional o excepcional que habilite a resolver el caso en la vía del amparo.

Anotadas ya las exigencias tanto para los demandantes como para los jueces constitucionales, pasemos entonces a conocer el contenido del tantas veces mencionado precedente constitucional contenido en el caso Elgo Ríos, STC Exp. 02383-2013-PA/TC, así como la precisión realizada en la STC Exp. 04968-2014-HC/TC, caso Alejandro Toledo y otra. Para ello, será necesario explicar previamente que estas decisiones parten de un presupuesto: que los jueces ordinarios también son jueces constitucionales (o jueces de los derechos fundamentales).

4. ¿Cuándo existe una vía específica e igualmente satisfactoria?

4.1. Presupuesto del precedente: el juez ordinario como juez constitucional

Como indicamos, antes de ingresar a analizar los criterios para saber cuándo estamos ante una vía igualmente satisfactoria, y que han sido establecidos como precedente a través del «análisis de pertinencia de la vía constitucional», es necesario hacer algunas precisiones con respecto a la labor de los jueces ordinarios en la tutela de los derechos constitucionales.

Al respecto, si bien es claro que los jueces constitucionales en sentido estricto (es decir, quienes resuelven procesos constitucionales) protegen derechos fundamentales, ello no significa que los llamados jueces ordinarios (jueces del Poder Judicial en general, quienes operan en las diferentes áreas del derecho: civil, penal, laboral, administrativo, etc.) no protejan también los derechos constitucionales en el desarrollo de sus funciones.

144

De este modo, en cierto sentido todos los jueces son siempre jueces constitucionales (*lato sensu*). Como ha recordado el Tribunal Constitucional: «el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios», quienes, conforme al artículo 138 de la Constitución, administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, y conforme al artículo 51 y la IV disposición final y transitoria de la Constitución, están vinculados a los tratados sobre derechos humanos. Siendo así, es claro que los jueces ordinarios, al igual que los jueces constitucionales, «también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que 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» (RTC Exp. 03792-2010-AA/TC, f. j. 6).

De esta forma, queda establecido entonces que la jurisdicción ordinaria, aunque trate asuntos de jerarquía inicialmente legal o negocial (contractual), no es ajena a la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales. En su seno es posible tutelar, con importantes y satisfactorios alcances, diversos derechos de rango constitucional.

Ahora bien, el que los derechos constitucionales puedan ser tutelados a través de los procesos ordinarios no significa que la sola existencia de estos implique que quede cerrada la posibilidad de acudir al amparo constitucional, ello en aplicación de la cláusula de residualidad contenida en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. Como ya ha sido señalado, para que se cierren las puertas del amparo las vías ordinarias tendrían que ser «específicas», a la vez que igual o más «efectivas», «idóneas» o «útiles» que el amparo para obtener la protección requerida.

En este contexto, corresponde ya referirnos a cuándo puede considerarse que una vía judicial ordinaria es «específica», asimismo, cuándo se le puede calificar a esta como «igualmente satisfactoria» o «idónea» que el proceso de amparo, de tal forma que se sepa si un caso corresponde ser resuelto en la vía constitucional y no en otra sede.

145

4.2. La existencia de una vía judicial «específica» y las precisiones del caso Alejandro Toledo y otra

La primera exigencia que se desprende de la causal establecida en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional es la necesidad de constatar que existe una vía judicial ordinaria «específica» a través de la cual pueda encausarse una pretensión equivalente a la que podría llevarse al proceso de amparo.

Así, antes de realizar cualquier comparación entre una vía judicial ordinaria y el amparo, para saber si aquella es igualmente idónea o satisfactoria, será necesario determinar previamente si realmente existe un proceso judicial ordinario en el que pueda ventilarse el asunto que

se pretende llevar al amparo. En este sentido, una vía judicial ordinaria puede considerarse como «específica» si permite obtener una tutela idéntica o equivalente a la que brinda el amparo (básicamente restitutoria del derecho¹⁷), y no una diferente.

En ese marco, tenemos que existen varios supuestos establecidos por la Constitución o precisados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los que, pese a poder existir una amenaza o violación iusfundamental, no cabe interponer ninguna demanda o articulación procesal. En tales casos, es claro que resulta impertinente preguntarse acerca de si hay una vía ordinaria igualmente satisfactoria que el amparo, pues o bien no se ha previsto ninguna posibilidad para demandar en sede ordinaria, o ha sido excluida expresamente esta posibilidad.

La inexistencia de vías ordinarias fue un asunto abordado por el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones, y ha sido puesto nuevamente de relieve en fecha reciente, cuando ya estaba en vigencia el precedente establecido en el caso Elgo Ríos). En esta ocasión el órgano colegiado añadió un paso al denominado «análisis de pertinencia de la vía constitucional» previsto en el precedente Elgo Ríos. Al respecto, señaló lo siguiente:

146

[E]s preciso tener en cuenta de manera estricta que según lo previsto en el referido artículo 5, inciso 2, del CPConst., antes de ingresar en un juicio comparativo entre la vía procesal ordinaria y el amparo (que es a lo que alude el precedente Elgo Ríos), aquella debe ser «específica».

Como es lógico, la inexistencia de esta determina la imposibilidad de ingresar en una comparación de vías.

Que deba tratarse de una vía procesal específica significa, cuando menos, que de su sola regulación legal derive con claridad que se

¹⁷ La finalidad del amparo, como se sabe, es «proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional», conforme aparece en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

encuentra orientada a controlar específicamente el acto que también puede ser controlado por el amparo y [a] alcanzar la misma finalidad de este. Así, por ejemplo, si el acto que se reputa como vulnerador del derecho es una resolución judicial firme, no resultará de aplicación el artículo 5, inciso 2, del CPConst.; pero no porque no exista una vía igualmente satisfactoria al amparo, sino porque de manera previa ni siquiera se ha podido detectar la existencia normativa de una vía específica que pueda controlar dicho acto bajo la misma concreta finalidad perseguida por el amparo» (STC Expediente 04968-2014-HC/TC, f. j. 14).

En la mencionada sentencia, emitida en el caso Alejandro Toledo y otra, el Tribunal precisó, por ejemplo, que los actos producidos en el seno de las comisiones investigadoras del Congreso de la República, conforme al ordenamiento vigente, no pueden ser cuestionados actualmente a través de ninguna vía judicial (más precisamente: no pueden ser encausados mediante una demanda contencioso administrativa), por lo que no cabe alegar la existencia de una vía ordinaria para rechazar la demanda de amparo.

147

Así considerado, es claro que, sobre la base de lo dispuesto por la propia Constitución y a la luz de diversas decisiones del Tribunal Constitucional en que ha tratado el tema se podría reconocer algunos supuestos en los que quedaría descartada la existencia de una vía judicial «específica» de tutela iusfundamental y, por ende, en tales casos no podría rechazarse una demanda de amparo apelando a la causal establecida en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional. Sin ánimo exhaustivo, en el siguiente cuadro ofrecemos algunos casos en los que no corresponde alegar la existencia de una vía judicial igualmente satisfactoria, pues en sede ordinaria no puede judicializarse dichas causas. En otras palabras, en estos casos no existe una vía ordinaria «específica».

Cuestionamientos que carecen de una vía ordinaria «específica»	Reconocimiento jurisprudencial o constitucional
Actos ocurridos en el marco de comisiones investigadoras parlamentarias	STC Exp. 04968-2014-HC/TC, f. j. 15
Resoluciones judiciales definitivas	STC Exp. 04968-2014-HC/TC, f. j. 14 STC Exp. 04493-2008-AA/TC, f. j. 3
Normas legales autoaplicativas	RTC Exp. 08310-2005-PA/TC, f. j. 6 RTC Exp. 02156-2009-AA/TC, f. j. 3 STC Exp. 01043-2013-AA/TC, f. j. 1.6
Resoluciones finales del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral	Artículos 142 y 181 de la Constitución
Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación	Artículo 142 de la Constitución

5. El «análisis de pertinencia de la vía constitucional» establecido en el precedente **Elgo Ríos**

Como hemos venido adelantando, el Tribunal Constitucional, atendiendo a la necesidad de contar con criterios para que los operadores (justiciables y órganos jurisdiccionales), sepan cuándo corresponde ir al amparo y cuándo a la vía ordinaria, estableció el precedente que vamos a analizar seguidamente.

Hemos explicado que, lo que solía ocurrir antes del establecimiento de este precedente, era que los jueces constitucionales desestimaban de plano las demandas de amparo sin ofrecer razones suficientes o tan solo ofreciendo razones aparentes, al señalar parcamente que «existe una vía ordinaria en la que podría ampararse el derecho». Se

resolvía la improcedencia sin mayor explicación y sin referencia alguna que esclarezca la vía considerada igualmente satisfactoria.

Frente a ello, en el precedente que analizamos el Tribunal elaboró una especie de test, al que ha denominado «análisis de pertinencia de la vía constitucional»¹⁸, el cual plantea consideraciones objetivas y subjetivas¹⁹ para saber cuándo corresponde conocer una causa a través del amparo y no de una vía ordinaria²⁰. Seguidamente analizaremos ambas perspectivas, que a su vez se subdividen también en dos criterios.

5.1. ¿Qué es una vía igualmente satisfactoria?: perspectiva objetiva

Esta perspectiva se denomina objetiva porque permite esclarecer si una vía ordinaria es tan o igualmente satisfactoria que el amparo, analizándola sin tener en cuenta los casos concretos.

Al desarrollar el «análisis de la pertenencia de la vía constitucional», el Tribunal Constitucional ha señalado que, desde que una perspectiva objetiva, la idea de vía igualmente satisfactoria puede referirse tanto a la estructura u organización de la vía procesal, como a la idoneidad de la tutela que esta podría brindar en la práctica.

¹⁸ STC Exp. 02383-2013-PA/TC, caso Elgo Ríos, ff. jj. 12-14.

¹⁹ Hay antecedentes en los que Tribunal, aunque se manera incipiente, esboza la diferenciación entre criterios objetivos y subjetivos con respecto a esta causal de improcedencia; cfr. STC Exp. 01786-2013-PA/TC, f. j. 2. Asimismo, en un difundido artículo, Roger RODRÍGUEZ SANTANDER hizo también referencia a la distinción entre las interpretaciones «subjetiva» y «objetiva» de esta causal (así como a enfoques formales y materiales), pero no es propiamente esa la clasificación de la que parte el Tribunal; cfr. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. «Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional peruano», en: *Justicia Constitucional*. Lima: Palestra, año I, N° 2, agosto-diciembre, 2005, pp. 74 y ss.

²⁰ Este «análisis de pertinencia de la vía constitucional» ya había sido planteado en el ATC Exp. 02677-2013-PA/TC, ff. jj. 4 y ss.; y en la STC Exp. 03070-2013-PA/TC, ff. jj. 2.1 y ss.

a) Análisis sobre la estructura de la vía (análisis de «estructura idónea»)

Desde la perspectiva objetiva, una primera posibilidad para analizar si una vía judicial ordinaria es tan satisfactoria como el proceso de amparo implica evaluar, en abstracto, cómo ha sido regulado su proceso o procedimiento. Con ello, se busca determinar si la estructura del proceso ordinario, atendiendo solo a su regulación, permite afirmar que estamos ante una vía celer e eficaz.

De este modo, como ha resuelto en otra ocasión el Tribunal Constitucional, la causal de improcedencia del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional podría ser aplicada «siempre y cuando existan *otros procesos judiciales* que [...] sean *rápidos, sencillos y eficaces* para la defensa de los derechos que protege el proceso de amparo; en caso contrario, es obvio que el proceso de amparo constituye la vía idónea y satisfactoria para resolver la controversia planteada» (RTC Exp. 00465-2011-AA/TC, f. j. 4, resaltado añadido).

150

Así, la tarea para los jueces constitucionales (y en menor medida para los amparistas) no se agota en conocer la existencia de «otra vía judicial» en la que pueda discutirse lo mismo, sino que es necesario analizar si esa vía es lo suficientemente celer e eficaz y tuitiva, de tal forma que los derechos involucrados puedan ser protegidos en su interior con una idoneidad igual o mayor que en el proceso de amparo.

Incluso con mayor detalle, el Tribunal Constitucional ha precisado que para realizar esta evaluación sobre la idoneidad la vía judicial ordinaria debería tenerse en cuenta, por ejemplo, «el tipo de pretensiones que se puedan hacer valer en uno y otro proceso, la existencia y efectividad de las medidas cautelares orientadas a suspender los efectos del acto reclamado, entre otros elementos» (ATC Exp. 05491-2013-AA/TC, f. j. 4).

Es más, como ejemplo de este análisis objetivo (o abstracto) que el colegiado propone con respecto a la idoneidad objetiva de una vía

judicial ordinaria, encontramos a la STC Exp. 01387-2009-AA/TC. En este caso, el Tribunal Constitucional sostuvo que:

[E]l *proceso especial* previsto en la Ley N° 27584 (Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo) no puede ser calificado como la vía igualmente satisfactoria para la resolver la controversia planteada, pues a diferencia de la regulación actual del proceso de amparo, incluye la participación del Ministerio Público, lo cual no asegura que dicho proceso sea verdaderamente una manifestación de la tutela de urgencia (sumarización del proceso).

Las instancias inferiores entonces han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, por lo que debería revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite la demanda (fundamentos jurídicos 4 y 5, cursiva agregada).²¹

Como puede apreciarse, en el referido caso el colegiado constitucional tomó en cuenta un elemento estructural del procedimiento del contencioso administrativo especial (la participación del Ministerio Público) que, conforme consideró el propio Tribunal, hacía ineficaz al referido proceso ordinario como una vía urgente de tutela.

En sentido contrario, el Tribunal Constitucional en varias ocasiones se ha referido también de manera expresa a algunas vías a las cuales ha considerado como igualmente satisfactorias en relación con el amparo. Sobre la base de esta información –tan solo ejemplificativa y que no agota la materia– hemos elaborado el siguiente cuadro²²:

²¹ Criterio ratificado en la STC Exp. 02997-2009-AA/TC, f. j. 5; y, ATC Exp. 05491-2013-AA/TC, f. j. 3.

²² Valga precisar que en el cuadro presentado no hemos hecho referencia a lo previsto por el Tribunal Constitucional en el precedente Manuel Anicama, STC 01417-2005-AA/TC, en el cual se dispuso que algunas pretensiones pensionarias únicamente podrán ser ventiladas a través del proceso contencioso administrativo y no mediante el amparo. Al respecto, no hemos incluido esa referencia porque en dicha ocasión el Tribunal, antes que referirse a la existencia de una vía ordinaria igualmente satisfactoria, más bien descartó la tutela constitucional de tales materias previsionales por no formar parte del «contenido

Procesos que cuentan con una estructura igualmente satisfactoria	Sentencias o resoluciones que señalan la idoneidad de la vía
Proceso abreviado laboral (artículo 2, numeral 2 de la Ley 29497)	STC Exp. 02383-2013-AA/TC, f. j. 27 STC Exp. 3070-2013-AA/TC, f. j. 2.6
Proceso contencioso administrativo (Ley 27584) en casos con materia compleja (v. gr. que requieran etapa probatoria) o en los que no exista urgencia	RTC Exp. 05491-2013-AA/TC, ff. jj. 3-4 STC Exp. 02513-2013-PA/TC, ff. jj. 4-5 RTC Exp. 00611-2009-AA/TC, f. j. 7 RTC Exp. 04812-2005-AA/TC, ff. jj. 2 y ss RTC Exp. 02341-2013-AA/TC, ff. jj. 4 y ss.
Demanda de revisión judicial en procedimientos de ejecución coactiva (artículos 23 y 40 de la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva)	STC Exp. 3417-2011-AA/TC RTC Exp. 2612-2008-AA/TC RTC Exp. 5920-2008-AA/TC, f. j. 6
Procedimiento contencioso administrativo ante pedidos de reposición laboral y por conflictos laborales individuales de carácter legal en el ámbito público	STC Exp. 00206-2005-AA/TC, f. j. 24 STC Exp. 02513-2013-PA/TC, ff. jj. 4-5 STC Exp. 03888-2013-AA/TC, f. j. 5
Recurso de anulación de laudo (Decreto Legislativo 1071). Excepcionalmente, por razones de temporalidad, recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, Ley 26572)	STC Exp. 00142-2011-AA/TC, f. j. 20 ^(*)

(*) Se trata del precedente constitucional emitido en el caso Sociedad Minera María Julia, cuya finalidad fue buscar limitar al máximo los supuestos de procedencia del «amparo arbitral». Como indicamos antes, consideramos que lo planteado allí merece ser totalmente revisado a la luz de lo dispuesto por el más reciente precedente del caso Elgo Ríos. En efecto, a la luz de este último precedente queda claro que aquellas causas con relevancia ius-fundamental que no pueden ser protegidas a través de la vía ordinaria deben ser atendidas a través del amparo, y al respecto, es claro que entre los limitados supuestos que pueden ser conocidos a través del «recurso de anulación» del laudo, por un lado, y los supuestos excepcionales para los que se prevé la procedencia del «amparo contra laudos» según el precedente Sociedad Minera María Julia (ff. jj. 21-22), por otro, existe un amplio espectro de casos que *prima facie* quedan totalmente desprotegidos, lo cual a nuestro parecer es inaceptable en términos constitucionales.

b) Análisis sobre la tutela que brindan las vías (análisis de «tutela idónea»)

Otra forma de analizar la idoneidad de una vía conforme al «análisis de pertinencia de la vía constitucional», también desde un punto de vista objetivo, involucra a evaluar *la idoneidad de la protección* que podría recibirse en la vía ordinaria, independientemente de que trate de un asunto «urgente» (asunto que trataremos en el siguiente acápite).

Al respecto, en caso que el juez constitucional reconozca que la vía ordinaria a través de la cual *prima facie* podría otorgarse la protección que se solicita carece de herramientas técnico-jurídicas idóneas para resolver adecuadamente los casos puestos a su consideración, recae en este –es decir, en el juez del amparo– el deber de conocer y resolver lo pretendido por la demanda constitucional. A decir del Tribunal Constitucional, en determinados casos la judicatura ordinaria específica –a la que inicialmente le correspondería resolver la causa, por ser una vía igualmente satisfactoria cuando menos en abstracto–, en la práctica podría brindar una indebida o insuficiente protección a los derechos fundamentales. Esto podría ocurrir, por ejemplo, debido a su impericia en el trato con los derechos fundamentales²³:

153

[A]unque es cierto que a partir [...] del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, las alegadas afectaciones de los derechos fundamentales que no requieran una tutela urgente en amparo deberán ser ventiladas en los procesos ordinarios, es cierto también que una aplicación inflexible de este criterio podría dar lugar a que, en algunos

constitucional de tales materias previsionales por no formar parte del «contenido esencial» o «contenido directamente protegido» por el derecho a la pensión (postura sin duda criticable: cfr. SOSA SACIO, Juan Manuel. «Dejando atrás la idea de “contenido esencial” de los derechos», en: *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, año 20, N° 192, setiembre, 2014, pp. 85 y ss.).

²³ Al respecto, también debe tenerse en cuenta que el proceso de amparo es uno con menos ritualismos o formalismos procesales en comparación con los procesos ordinarios, lo que le permite al juez del amparo un mayor margen de acción a favor de la tutela de los derechos.

de estos casos, la protección de los derechos fundamentales devenga ineficaz.

En efecto, este criterio en nada garantiza que en los casos no urgentes de afectación de los derechos fundamentales se dispense debida protección a su contenido constitucionalmente protegido.

Ello podría suceder en razón de que en los procesos ordinarios seguidos ante el Poder Judicial se incurra en una indebida interpretación del contenido del referido derecho, sea porque no se protegen ámbitos que deberían considerarse como pertenecientes a él, o porque, *contrario sensu*, se han protegido ámbitos que no debieron considerarse tutelados por la Constitución, o cuando el asunto verse sobre la determinación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho que no ha merecido mayor desarrollo jurisprudencial y que, en esa medida, requiere la intervención del Tribunal Constitucional para asegurar su aplicación igualitaria y predecible por parte de la jurisdicción ordinaria. RTC Exp. 00906-2009-AA/TC, f. j. 9.

154

Así, en los casos en los que sea claro que se va a producir una deficiente protección en la vía ordinaria específica, el Tribunal señala que lo pretendido debería ser conocido y resuelto a través del amparo, debido a que no nos encontramos ante un supuesto en el que exista realmente una vía idónea; ello, pese a la idoneidad formal con que fue regulada o estructurada dicha vía.

Atendiendo lo expuesto hasta aquí en torno a la perspectiva objetiva de «vía idónea» (tanto respecto a la estructura del proceso como a la idoneidad de la tutela), encontramos que el Tribunal Constitucional ha precisado algunos supuestos en los que deberá ser a través del amparo, y no de la vía ordinaria, que ciertos derechos y sus afectaciones merecen ser protegidos (es decir, ha descartado la *idoneidad objetiva* de las vías ordinarias las que les correspondía ir inicialmente). Así, con carácter solamente enunciativo, tenemos que se ha resuelto lo siguiente:

Derechos que merecen ser tutelados por el amparo	Sentencia o resolución que descarta la idoneidad objetiva de la vía ordinaria
Derecho a la autodeterminación informativa	STC Exp. 00831-2010-HD/TC
Derechos de las comunidades indígenas	RTC Exp. 00906-2009-AA/TC STC Exp. 04611-2007-AA/TC
Derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo a la vida	RTC Exp. 01399-2011-AA/TC
Derechos de los consumidores y usuarios	STC Exp. 01865-2010-AA/TC RTC Exp. 03975-2010-AA/TC

5.1. ¿Qué es una vía igualmente satisfactoria?: perspectiva subjetiva

Por otra parte, desde una perspectiva subjetiva, conforme al «análisis de pertinencia de la vía constitucional» corresponderá verificar si el caso concreto requiere una respuesta especialmente urgente y, más aun, si se está ante la posible afectación definitiva o irreparable de bienes a los que se les considera especialmente valiosos o sensibles.

155

Así visto, desde una perspectiva subjetiva de esta causal de improcedencia corresponde analizar el posible daño irreparable que podría generarse, así como la importancia del bien puesto en peligro o la magnitud del daño que podría ocurrir.

a) Análisis de la urgencia del caso en atención a la posible irreparabilidad del daño (análisis de la «urgencia como irreparabilidad»)

Según lo anotado, una posible forma de analizar si una vía ordinaria es igualmente satisfactoria está relacionada al *carácter urgente* de la protección requerida. Al respecto, no bastará con constatar que, desde una perspectiva objetiva, en sede ordinaria existan vías procesales tuitivas para los derechos constitucionales. A decir del Tribunal Constitucional, tal no sería «una interpretación constitucionalmente adecuada»

de la casual de improcedencia a la que nos referimos. Esta, más bien, debe ser interpretada atendiendo a la finalidad y naturaleza del proceso de amparo, «en tanto *vía de tutela urgente*» (STC Exp. 01387-2009-PA/TC, f. j. 5, resaltado añadido).

Siendo así, una vía ordinaria no podrá ser considerada como vía idónea, ahora desde una perspectiva subjetiva, si al transitarla queda en grave riesgo el derecho afectado. Efectivamente, si transitar la vía judicial ordinaria puede tornarse irreparable la afectación alegada, la pretensión debería ser resuelta a través del proceso de amparo de manera especialmente célere.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en efecto, una vía ordinaria solo puede considerarse *igualmente efectiva* si recorrerla «no acarrea el riesgo razonablemente probable de que el *daño producido o por producirse en la esfera subjetiva del demandante se torne irreparable*» (RTC Exp. 00906-2009-AA/TC, f. j. 9, resaltado agregado).

156

Así, teniendo en cuenta que la finalidad del proceso de amparo es proteger los derechos constitucionales «reponiendo las cosas al momento anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional»²⁴, el colegiado constitucional ha sostenido que «la vía procesal ordinaria solo podría considerarse “igualmente satisfactoria” al amparo en la medida en que se encuentre en capacidad de alcanzar de modo efectivo esta misma finalidad (restitutiva del derecho)».

Considerado de este modo, corresponde analizar si la vía ordinaria presuntamente idónea permitirá reparar eficazmente la afectación cuestionada y, en caso exista riesgo probable de irreparabilidad (atendiendo a la urgencia del caso concreto), se erigirá el amparo como el mecanismo más adecuado de tutela.

²⁴ *Vid.*, nota 17.

Al respecto, y con mayor claridad aun, el colegiado constitucional ha sostenido que:

[E]s el *riesgo de irreparabilidad del daño iusfundamental* [...] a la persona el que determinará que la demanda de amparo resulte procedente. *A contrario sensu*, la alta improbabilidad de que el referido riesgo se encuentre presente determinará su improcedencia, habilitándose el tránsito por las vías procesales ordinarias. Y si bien ello merecerá un análisis caso por caso, en principio, dicho riesgo se manifiesta en la prognosis razonable de que en el futuro inmediato no existirá posibilidad de reponer las cosas al estado anterior a aquel en se produjo la alegada violación o amenaza de violación del derecho fundamental. RTC Exp. 00906-2009-AA/TC, fundamento jurídico 9.²⁵

b) Análisis de la urgencia del caso en atención a la relevancia de derecho involucrado o del daño a ocurrir (urgencia «por la magnitud del bien involucrado o del daño»)

Asimismo, refiriéndose también a la necesidad de tutela urgente, el colegiado constitucional ha sostenido que, en algunos casos, vale la pena analizar 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*» (RTC Exp. 09387-2006-AA/TC, f. j. 3, resultado agragado). En otras palabras, ha considerado que es necesario evaluar si, a pesar de existir una vía ordinaria objetivamente idónea, el caso es de tal urgencia que sería mejor que el juez constitucional lo resuelva a través del proceso de amparo. De esta forma, ha señalado que procede

²⁵ En similar sentido, sobre la *irreparabilidad del daño* y la *tutela urgente*: «[E]l proceso de amparo procede cuando se pretenda evitar que la agresión o amenaza se convierta en *irreparable*, a pesar de que existan otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias. En este supuesto, la *urgencia de tutela* tiene que ser valorada por el juez en el caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada o amenazada con la acción u omisión» (STC Exp. 01387-2009-PA/TC, f. j. 3, resultado agragado).

el amparo si lo alegado «pone de manifiesto la *urgencia de la tutela jurisdiccional requerida*, muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria» (*idem*, f. j. 4).

Precisamente, en el «análisis de pertinencia de la vía constitucional», establecido como precedente constitucional en la STC Exp. 02383-2013-PA/TC, caso Elgo Ríos, se ha indicado que excepcionalmente es posible que se admita el amparo cuando el caso esté referido a algunas materias que pueden considerarse urgentes, ello en atención a: (1) la relevancia del derecho o del bien iusfundamental involucrado, y/o (2) la gravedad del daño que podría ocurrir si no se brindara tutela constitucional.

Este criterio, que a decir de algunos autores podría involucrar una especie de jerarquización o gradación entre los derechos o bienes iusfundamentales²⁶, en realidad no hace sino insistir en algunos mandatos que derivan de la propia Constitución y de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, la Norma Fundamental alude expresamente a la *protección especial* «al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono» (artículo 4) así como al régimen de protección las personas con discapacidad (artículo 7), supuestos de tutela deferente que han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional de diferentes modos²⁷. Asimismo, y con base en lo anterior, el colegiado constitucional se ha referido también a la existencia de «grupos merecedores de protección especial» o «sujetos de especial protección constitucional»²⁸. Con lo indicado, esta protec-

²⁶ Cfr. CASTILLO, Luis. «El análisis de pertinencia de la vía constitucional...». *Ob. cit.*, p. 22.

²⁷ Cfr. STC Exp. 0206-2005-AA/TC, f. j. 24; STC Exp. 00828-2014-AA/TC, f. j. 6; ATC Exp. 01402-2012-AA/TC, f. j. 4; ATC Exp. 02214-2014-AA/TC, ff. jj. 24-25; STC Exp. 03515-2010-AA/TC, ff. jj. 19-20; STC Exp. 04184-2007-AA/TC, f. j. 11; entre otras.

²⁸ *Vid.* STC Exp. 04749-2009-AA/TC. Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha tutelado de modo reforzado a diversos colectivos sensibles, como los enfermos con VIH/Sida, las comunidades indígenas (a la luz del Convenio OIT 169) y a los enfermos terminales. A mayor abundamiento, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido también la existencia de «sujetos de especial protección», incluyendo allí a las mujeres, los homo-

ción especial o preferente puede expresarse, sin problemas, como un criterio para determinar la procedencia del amparo pese a la existencia de una vía judicial ordinaria, tal como ha dispuesto el Tribunal Constitucional en el precedente del caso Elgo Ríos.

Ahora bien, entre algunos de las causas en las que el Tribunal Constitucional ha aplicado directamente esta idea de urgencia, pese a existir una «vía igualmente satisfactoria» ordinaria, encontramos, por ejemplo, (1) el caso en que la demandante era una mujer embarazada a quien se le denegó arbitrariamente el descanso por maternidad que requería (STC Exp. 00303-2012-AA/TC, f. j. 7), así como (2) un caso de despojo arbitrario de un stand comercial por parte de un privado, lo que le impedía al demandante realizar sus actividades comerciales, atentándose contra su «sustento vital» (RTC Exp. 09387-2006-AA/TC, f. j. 3).

En estos casos, por tratarse de asuntos que merecían una tutela urgente, el Tribunal sostuvo que no resultaba aplicable la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional y, por lo tanto, consideró que las demandas debían resolverse a través del amparo (y no de las vías laboral o civil).

159

Con lo anotado entonces, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada idónea si al transitarla *no pone en riesgo la irreparabilidad del derecho del demandante* y si se evidencia que se requiere una *tutela urgentísima, incluso a pesar de que exista un proceso ordinario que pueda ser considerado como «vía igualmente satisfactoria»*.

6. Consideraciones finales sobre el «análisis de pertinencia de la vía constitucional»

Algo que vale la pena anotar con respecto del «análisis de pertinencia de la vía constitucional», antes de concluir este acápite, es que este plantea criterios que deben entenderse de manera complementaria

sexuales, los desplazados por la violencia, los indigentes y los reclusos.

y sucesiva²⁹. En efecto, deben entenderse como criterios complementarios, en la medida que bastará con que, a la luz de cualquiera de ellos, se verifique que la vía alternativa no es idónea para que se admita a trámite el amparo. Es en este sentido que se trata de un análisis sobre la «pertinencia» de vía del amparo, y no uno dirigido a encontrar o favorecer su «impertinencia» (o «improcedencia»).

Asimismo, los criterios objetivo y subjetivo formulados en el precedente deben entenderse como sucesivos. Es decir que, luego de haberse encontrado que existe una vía judicial «específica» –lo cual es un presupuesto para lo demás–, será necesario empezar con el análisis de la idoneidad de la vía desde la perspectiva objetiva, para solo después pasar a una evaluación desde la perspectiva subjetiva, si ello fuera necesario. Esto último quiere decir, más claramente, que el análisis de la urgencia del caso (sea como irreparabilidad, o sea atendiendo a la magnitud del bien iusfundamental o del daño involucrado) es excepcional o subsidiario, y solo deberá acudirse a este en caso de que el análisis de la estructura de la vía y de la idoneidad de la tutela no habilite la procedencia del amparo. En otras palabras, lo primero y lo que siempre requiere la causal prevista en inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional es que se analicen o comparen las vías de manera objetiva; y solo en algunos supuestos, muy excepcionales, en atención a consideraciones materiales que deberán verse caso por caso, corresponderá el análisis de esta causal desde una perspectiva subjetiva.

160

Sobre la base de esto último, en aplicación de la causal de improcedencia que venimos tratando, no debería rechazarse una demanda de amparo alegando solo y directamente que «no existe urgencia»³⁰, pues

²⁹ En similar sentido, parafraseando el contenido del «test de pertinencia de la vía constitucional», en el fundamento 15 de la sentencia del caso Elgo Ríos se ofrecen «elementos» o «presupuestos» que deben aplicarse de manera «copulativa», constituyendo una especie de *checklist* para determinar si una vía es igualmente satisfactoria que el amparo.

³⁰ Como podría desprenderse, por ejemplo, del ATC Exp. 01839-2013-AA/TC, f. j. 4, *ab initio*.

siempre sería necesario evaluar primero si existe una vía ordinaria que tenga una estructura adecuada y que proporcione una protección idónea. Tras todo lo indicado, a modo de recuento y cierre, consideramos que los pasos o componentes del «análisis sobre la pertinencia de la vía constitucional» pueden presentarse de la siguiente forma:

Análisis de la pertinencia de la vía constitucional (pasos sucesivos)	Preguntas vinculadas al análisis requerido en cada paso
PASO 1: Determinación de la existencia de una vía específica	¿Existe una vía judicial ordinaria en la que pueda canalizarse una protección igual o equivalente a la que se busca llevar al amparo?
PASO 2: Análisis de la vía ordinaria desde una perspectiva objetiva	2.1. Estructura idónea: ¿La regulación del procedimiento ordinario nos permite afirmar que estamos ante una vía celer y eficaz?
	2.2. Tutela idónea: ¿En la vía ordinaria podrá resolverse debidamente la afectación iusfundamental puesta a consideración?
PASO 3: Análisis de la vía desde una perspectiva objetiva	3.1. Urgencia como amenaza de irreparabilidad: ¿Transitar la vía ordinaria pone en grave riesgo al derecho afectado, pudiendo tornarse irreparable la agresión?
	3.2. Urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño: ¿Es necesaria una tutela especial y urgentísima, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño que podría generarse?

El proceso de amparo y la tutela de los derechos fundamentales de las comunidades campesinas y nativas en la jurisprudencia constitucional

✍ VANESSA TASSARA ZEVALLOS*

Sumario: 1. Introducción. 2. La Constitución multicultural de 1993. 3. El juez del Estado constitucional multicultural. 3.1. El multiculturalismo liberal como propuesta iusfilosófica idónea para interpretar nuestra Constitución. 4. El proceso de amparo y la tutela de los derechos fundamentales de las comunidades campesinas y nativas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 4.1. ¿Por qué para el Tribunal Constitucional el Perú es un Estado multicultural? 4.2. El principio de tolerancia y la diversidad. 4.3. Derechos fundamentales tutelados. 5. Conclusión.

163

1. Introducción

En este breve artículo busco en estricto presentar aquellas sentencias del Tribunal Constitucional en las que, en el marco del proceso de amparo y a la luz de la Constitución multicultural de 1993, se ha tutelado derechos fundamentales de comunidades campesinas y nativas. Esta presentación no expone una jurisprudencia constitucional acabada en torno a la realidad multicultural del Perú. Como se sabe, a nivel de la jurisdicción constitucional las oportunidades para emitir pronunciamiento al respecto no han sido muchas, sin embargo,

* Profesora de Derecho Constitucional de la carrera de Derecho en la Universidad ESAN. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

ello no ha sido óbice para que el Tribunal, consciente del compromiso con el respeto que la diversidad cultural exige en nuestro país, se haya esforzado en desarrollar una línea de argumentación en clave plural con el propósito de garantizar el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural reconocido constitucionalmente.

Sin embargo, considero que, previo a la presentación del recuento jurisprudencial, es necesario referirme al carácter multicultural que define a nuestra actual Constitución, así como precisar cuál es el rol del juez en un Estado constitucional multicultural, ello, porque es la Constitución la carta de navegación que guía a los jueces al momento de expedir sus decisiones y crear jurisprudencia. Conocer el *telos* cultural de la Constitución y, por tanto, la filosofía multicultural en la que se fundamenta, es una tarea obligada para la pretensión de este artículo.

2. La Constitución multicultural de 1993

164

Antes de la promulgación de la Constitución de 1993, no existe antecedente constitucional en el Perú que aluda al tratamiento específico del derecho a la identidad étnica y cultural como expresión de la diversidad que caracteriza a nuestra sociedad. Al respecto, refiere Gorcki Gonzales que:

La tradición constitucional se ha mantenido de espaldas al reconocimiento de esta realidad. [...] (Y ello se debe en buena parte a que) todas las constituciones de las que da cuenta nuestra historia republicana han coincidido pertinazmente en la idea de equiparar la unidad política, es decir la noción de Estado, a la unidad cultural, entendida esta como nación. [...] [p]ara la utopía republicana –afirma Gonzales–, el Estado peruano se funda en la nación. Ambos conceptos se entrelazan e identifican a partir de una visión, en la cual la comunidad humana que realiza la gesta libertadora y que crea el Estado y la República en el siglo XIX, es una comunidad nacional. [...] Desde la Constitución de 1823, en la cual se afirma que, «todas las provincias del Perú, reunidas en un solo cuerpo forman la nación peruana» (artículo 1), hasta la Constitución de 1920, la identificación explícita entre nación y Estado

ha sido una constante, llegando en algunos casos a tener matices aún más radicales, como en las constituciones de 1828, 1839, 1860 y 1920, en las cuales se llegó a sostener que la nación peruana es la asociación política de todos los peruanos.¹

Es decir, desde los orígenes de la República, por voluntad de sus propios legisladores, el Estado peruano ha sido concebido como una única comunidad cultural. Tal como advierte el Tribunal Constitucional, «el proceso de conquista y de creación y expansión del Estado peruano [...] decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional.»²

No obstante, a partir de la Constitución de 1920 se empezó a internalizar la idea de que el Perú es una sociedad caracterizada por lo diverso, vale decir, una sociedad donde coexiste más de una etnia y más de una cultura. De ahí que este texto constitucional estableció la obligación estatal de proteger a la raza indígena y reconoció la necesidad de expedir leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. Así, pues, el artículo 58 de la Constitución de 1920 señaló que:

El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades.

La nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan.

La Constitución de 1933, por su parte, ratificó esa voluntad de reconocimiento de lo plural expresada por el constituyente de 1920. Así se tiene que en el título XI, denominado «Comunidades de indígenas», el texto de 1933 reconoció la existencia legal y personería jurídica de las comunidades (art. 207); garantizó la integridad de la propiedad

¹ GONZALES MANTILLA, Gorki. «Identidad cultural y paradigma constitucional», en: *Derecho y Sociedad*. Lima, 1996, año VII, N° 11, enero - junio, p. 246.

² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1126-2011-HC/TC, caso Juana Griselda Payaba Cachique, fundamento 19.

comunal (art. 208); así como la imprescriptibilidad, inajenabilidad e inembargabilidad de dicha propiedad, no obstante admitió la expropiación por causa de utilidad pública (art. 209); otorgó facultad a las comunidades para la recaudación y administración de sus rentas y bienes (art. 210); y, reconoció la posibilidad de dictar legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa que las condiciones peculiares de los indígenas exijan (art. 212).

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, la idea de que el Perú es una sociedad caracterizada por lo diverso será interpretada por los legisladores y gobernantes con un enfoque diferente al que razonablemente se podría desprender de los textos constitucionales reseñados. No estaba en la mente de los gobernantes concebir el reconocimiento de la cultura indígena como un elemento constitutivo de la identidad de la nación. Un significativo ejemplo de esta afirmación fueron las palabras del expresidente Augusto B. Leguía pronunciadas en su discurso del 3 de julio de 1924:

166

Las dos terceras partes de nuestra población están constituidas por los indios. Y el indio es apenas una gran víctima a la que abaten las servidumbres acumuladas del pasado y los abusos incalificables del presente. [...] El indio es [...] agricultor que cultiva las tierras con rara maestría; productor de casi todas nuestras riquezas; trabajador infatigable en las mortíferas labores mineras y, por último, es casi el único soldado del ejército nacional. [...] Urge, pues, *reintegrar al indio a la vida nacional*, protegiendo eficazmente su vida, su salud; instruyéndole y amparando sus derechos, entre los cuales el principal es el de la propiedad. *Yo prometo solemnemente rehabilitar al indio a la vida del derecho y la cultura* porque ya es tiempo de acabar con su esclavitud que es una afrenta para la República y un crimen intolerable para la Justicia.³ (cursiva nuestra).

³ BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú 1822-1933*. Lima: Editorial Universitaria, 6° edición, tomo XIII, 1968, pp. 308-309.

Y es que en efecto, como sostiene Gorki Gonzales, el reconocimiento de la condición de deterioro en la que se encontraba inmersa la población indígena no significaba aceptar la vigencia de su cultura en el Perú. Las palabras del expresidente Leguía, en forma implícita, daban cuenta de su visión etnocéntrica y homogeneizadora: la vida nacional es una sola y el indio se encuentra al margen de ella. El derecho y la cultura (no indígena) serán el único instrumento para la integración del indio a la vida nacional y al progreso, el cual se percibe entonces como una promesa que alberga al interior de sí un propósito contradictorio: en él se combinan la promesa de liberación y la exigencia del sometimiento⁴.

Cabe recordar también que antes de la Constitución de 1979 tampoco hubo antecedente de reconocimiento a las comunidades indígenas de recibir instrucción en su lengua de origen. Si bien es cierto en el marco de lo establecido por el artículo 212⁵ de la Constitución de 1933, el 1 de abril de 1941 se promulgó la Ley 9359, Ley Orgánica de Educación Pública⁶, esta norma señaló como uno de los fines capitales para las escuelas rurales de los lugares en que predomina el uso de las lenguas indígenas «el aprendizaje del castellano» (art. 122); y, asimismo estableció que «las lenguas indígenas podrán usarse como medio de iniciación en la cultura» (art. 123) y que «en las escuelas elementales en que la mayoría del alumnado solo posea el idioma nativo, la enseñanza será dada en este, procediéndose por medios pedagógicos a la más pronta castellanización del aborigen» (art. 124). El espíritu de dicha ley, como puede apreciarse, era homogeneizador, habida cuenta que expresaba una tendencia clara a la castellanización de los indígenas, por tanto, suponía una negación de su realidad cultural.

⁴ GONZALES MANTILLA, Gorki. «Identidad cultural y paradigma constitucional», *ob. cit.*, p. 247.

⁵ Artículo 212.- El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen.

⁶ Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNume_1p.asp>.

Por su parte, la Constitución de 1979, a pesar de que representa un paradigma normativo por su compromiso con la protección de los derechos fundamentales, si bien es verdad no fue insensible a la realidad cultural de nuestro país como pudieron serlo en alguna medida las otras constituciones, tampoco consideró a la identidad cultural en su catálogo de derechos, asumiendo con esta decisión un compromiso débil con el pluralismo cultural. En su artículo 34 estableció que «el Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas»; sin embargo, en el artículo 161 precisó que el Estado «propicia la superación cultural de los integrantes» de las comunidades campesinas y nativas. Es esta contradicción en la Constitución de 1979 la que deja entrever que el objetivo estatal era la asimilación de las culturas nativas por parte de la cultura mayoritaria, y no una verdadera promoción y respeto por la diversidad cultural.

Será, pues, la Constitución de 1993, como se infiere desde el inicio de este apartado, la que regulará por primera vez el derecho a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19) y garantizará el respeto a la identidad de las comunidades campesinas y nativas (artículo 89, *in fine*). Con este hecho constitucional, el reconocimiento de nuestro país como una sociedad pluriétnica y pluricultural queda concretizado, tal como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional, cuando ha señalado que con el artículo 2, inciso 19 el constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad⁷. Con tal reconocimiento se materializa entonces la obligación estatal de respetar, reafirmar, promover y defender el pluralismo cultural.

No obstante el reconocimiento de nuestra realidad pluricultural expresado en los preceptos constitucionales mencionados, existe un

⁷ Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0020-0021-2005-PI/TC (acumulados), caso Presidente de la República, fundamento 99.

bloque normativo con el cual la propia Constitución también pretende garantizar el derecho a la diferencia, de autonomía y de participación de los grupos culturales minoritarios (comunidades campesinas y nativas en particular). En esa línea, reconoce la oficialidad del idioma quechua, aimara y demás lenguas aborígenes en los territorios donde predominen (artículo 48); fomenta la educación bilingüe e intercultural (artículo 17); preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (artículo 17); y, ofrece una especial protección al patrimonio cultural de la nación (artículo 21). Asimismo, reconoce la existencia legal y considera personas jurídicas a las comunidades campesinas y nativas (artículo 89); les confiere facultad jurisdiccional para resolver sus controversias de acuerdo con el derecho consuetudinario (artículo 149); reconoce su autonomía en el ámbito económico y administrativo, así como en lo que a su organización y disposición de las tierras se refiere (artículo 89); les garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal, así como su imprescriptibilidad (artículos 88 y 89); y, promueve su participación política (artículo 191, *in fine*).

169

A dicho bloque constitucional se suma, de conformidad con lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, todas las normas contenidas en tratados internacionales ratificados por el Perú que promueven el reconocimiento y la defensa de la diversidad cultural como, por ejemplo, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma»; las normas recogidas en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, entre otras.

Todas estas disposiciones normativas, aunadas a la dignidad humana como premisa antropológica, leídas en clave sistemática, otorgan sustento material a una Constitución bien entendida como multicultural.

Finalmente hay que advertir que no obstante la Constitución de 1993 pueda ser reconocida como multicultural, ello no significa que las distintas costumbres y manifestaciones culturales encuentren legitimidad para manifestarse en contravención a los derechos fundamentales, principios constitucionales y valores superiores universalizables que dicha Constitución también recoge, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1), la autonomía de la voluntad como concretización de la libertad (artículo 2, inciso 1), la igualdad (artículo 2, inciso 2) y la forma democrática de gobierno (artículo 43). De ahí que el Tribunal Constitucional haya precisado que:

[E]n una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra –integrada por una cultura autóctona y originaria, y por una cultura mestiza o criolla–, es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se requiere, pues, establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo.⁸

170

3. El juez del Estado constitucional multicultural

Para la concretización de una Constitución multicultural no solo es importante la decisión de un Estado de desarrollar políticas públicas en clave intercultural, también es necesaria una labor judicial comprometida con la idea de multiculturalismo que promueva dicho texto constitucional.

Uno de los significados del Estado constitucional, como sabemos, hace alusión a determinadas condiciones y características que guardan relación directa con la forma cómo se concibe y aplica el derecho en la actualidad (*v. gr.* existencia de una Constitución rígida dotada

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC, caso Luis Alejandro Lobatón Donayre, en representación de más de cinco mil ciudadanos, fundamento 3.

de fuerza normativa, garantía jurisdiccional de la Constitución, aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación conforme de las leyes, entre otras). En ese sentido, qué duda cabe que los órganos jurisdiccionales y, en particular, el juez constitucional tengan una participación protagónica en la concretización de las normas materiales constitucionales a través de la interpretación.

La interpretación de las normas de la Constitución multicultural no solo requiere de los jueces la invocación dispositiva, sino que además de una particular sensibilidad con la diversidad exige una respuesta desde el derecho constitucional afianzada en otros enfoques disciplinarios capaz de colmar las pretensiones que el derecho a la diferencia demanda.

Los debates actuales sobre derechos de las minorías, despenalización del aborto, matrimonio igualitario, laicidad estatal, entre otros, de los que subyacen controversias éticas propiciando análisis filosóficos sobre la autonomía, el paternalismo, el perfeccionismo moral, la democracia deliberativa, por referir a algunos, hace recordar lo que alguna vez Dworkin⁹ reflexionara sobre los jueces. Para él, esta circunstancia obliga a que en un Estado constitucional los jueces deban conocer conceptos básicos de filosofía política, moral y jurídica, no con un afán de erudición, sino con el propósito de elaborar buenos argumentos al momento de interpretar las normas y de cara a alcanzar la mejor respuesta correcta para los casos.

Si como se sabe, por un lado, el fenómeno multicultural como realidad suscita distintos conflictos donde valores como la igualdad, autonomía, dignidad, tolerancia, democracia, entre otros, ingresan a la

⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald. «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», en: *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, 2010, N° 32, abril. Y, al respecto, los comentarios de MARCIANI BURGOS, Betzabé. «¿Deben los abogados ser filósofos?», 2014. Disponible en: <<http://www.ius360.com/columnas/betzabe-marciani-burgos/deben-los-abogados-ser-filosofos/>>.

discusión por el alcance de sus significados, y, por otro lado, la mayoría de textos constitucionales acogen una visión occidental de los derechos pero también admiten la posibilidad de que los grupos minoritarios conserven su identidad y autonomía, incluso, normativa. Para resolver un conflicto multicultural será necesario entonces conciliar el deber constitucional de tutelar la diferencia con el derecho reconocido mayoritariamente, pero sin que en ese intento las minorías resulten afectadas en su identidad. Y eso no es una tarea sencilla. Mucho menos se absuelve con una práctica judicial subsuntiva y formalista. Se requiere de una labor judicial que interprete las disposiciones constitucionales tomando además como fundamento lo expuesto por la filosofía política, moral o jurídica y quizá también por otras disciplinas como la sociología, antropología, entre otras.

172

Como ejemplo de lo expresado vamos a desarrollar en las próximas líneas los alcances del multiculturalismo liberal como propuesta iusfilosófica idónea para fundamentar la interpretación de cualquier texto constitucional multicultural, y, en particular, el nuestro.

3.1. El multiculturalismo liberal como propuesta iusfilosófica idónea para interpretar nuestra Constitución

A mi juicio, existen buenas razones para sostener que el enfoque *multicultural liberal* es el más idóneo para interpretar la Constitución multicultural de 1993. Con el objeto de justificar mi apreciación, considero necesario absolver las siguientes preguntas: *i) ¿en qué se diferencia la propuesta del multiculturalismo «liberal» de la del multiculturalismo «comunitarista»?; y ii) ¿por qué resulta razonable que la libertad cultural pueda imponerse al valor de la diversidad cultural?*

Para Amartya Sen, «existen dos enfoques básicamente diferenciados del multiculturalismo: uno de ellos se concentra en la promoción de la diversidad como valor en sí mismo; el otro hace hincapié en la libertad de razonamiento y de toma de decisiones, y celebra la diversidad cultural en la medida en que es elegida con tanta libertad como sea

posible por las personas involucradas»¹⁰. Enfoques que se traducen en lo que se conoce como multiculturalismo «comunitarista» y multiculturalismo «liberal», respectivamente.

El multiculturalismo «comunitarista» promueve a la *diversidad* cultural como un valor en sí mismo y hace de su respeto el fin último. Bajo esa concepción, las distintas libertades no suponen un límite. La promoción y respeto a la cultura se convierten en el ideal motivador. De ahí que, el fundamento de este tipo de multiculturalismo sea el relativismo cultural¹¹.

Asimismo, para el multiculturalismo comunitarista la identidad (cultural) se funda en la pertenencia comunitaria y es algo dado que se descubre. Para los comunitarios el individuo es un ser intrínsecamente social y este rasgo que lo caracteriza es el que define su identidad. Tal como afirma Michael Sandel, «la comunidad describe no solo lo que *tienen* como conciudadanos, sino también lo que *son*; no una relación que eligen (como en la asociación voluntaria) sino un lazo que descubren; no meramente un atributo sino un componente de su identidad»¹².

173

Como consecuencia de ello, entonces, las restricciones internas¹³ a la autonomía individual, propias de las culturas tradicionales, no podrán ser objeto de críticas, mucho menos de rebelión, ello, por cuanto,

¹⁰ SEN, Amartya. *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Traducción de Verónica Inés Weinstabl y Servanda María de Hagen. Buenos Aires: Katz Editores, 2007, pp. 201-202.

¹¹ El relativismo cultural, generalmente, deviene en un fanatismo etnocentrista que, lejos de defender derechos, los termina socavando.

¹² SANDEL, Michael. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Traducción de María Luz MELON. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000, p. 182.

¹³ Apelando a la reivindicación del grupo contra sus propios miembros, las culturas tradicionales generalmente establecen *restricciones internas* a fin de reducir el impacto destabilizador que pueda generar el disenso interno, incidiendo con ello en la afectación del núcleo mínimo valorativo que se debe respetar. De ahí que estas restricciones, como opina KYMLICKA, «plantea el peligro de la opresión individual». KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Traducción de Carme Castells Auleda. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1996, p. 59.

en el esquema comunitario la identidad se define a partir del descubrimiento dado en el ejercicio dialógico entre individuo y comunidad.

En tanto que para el multiculturalismo «liberal», la importancia de la diversidad cultural será instrumental y se desprenderá de la *libertad* cultural, es decir, la diversidad cultural será consecuencia de dicha libertad. De ahí que el fundamento de este tipo de multiculturalismo se encuentre en la libertad como valor, como derecho, y en la autonomía moral como expresión de esa libertad.

A juicio de los comunitarios, la propuesta liberal defiende una concepción atomista de la sociedad y con ello desconoce un hecho tan evidente como que los individuos solo pueden autorrealizarse y delinear su identidad al interior de un contexto social. Sin embargo, tal como afirma Norberto Bobbio «ninguna concepción individualista de la sociedad prescinde del hecho de que el hombre es un ser social ni considera al individuo aislado»¹⁴, mucho menos, desconoce que a consecuencia de la vida cotidiana los seres humanos somos parte de una variedad de grupos y pertenecemos a ellos de manera simultánea, por ello, poseemos una identidad múltiple que vamos definiendo según la importancia que libremente le asignamos a cada una de dichas pertenencias. Es decir, para el multiculturalismo liberal la definición de nuestra identidad (cultural) será producto de la suma de elecciones libres ejercidas en los distintos contextos con los que tenemos algún tipo de filiación.

174

En consecuencia, si según el planteamiento multicultural liberal, como se ha dicho, cada individuo es quien libremente configura su identidad cultural, frente a las restricciones internas propias de las tradiciones culturales, cabe cuestionar la aprobación automática

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Traducción de José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, duodécima reimpresión de la primera edición en español, 1989, p. 51.

de dichas tradiciones, es decir, el derecho al disenso interno no solo existe, sino que es plenamente legítimo y constituye una exigencia moral¹⁵.

Si tal como se sabe, el liberalismo desde un plano *ontológico* defiende la idea de un hombre libre, igual, racional, y, a partir de aquí, concibe un agregado social donde la pluralidad de proyectos individuales no deben terminar truncados por razones convivenciales. En tanto que desde un plano ético-político, el liberalismo promueve un modelo de sociedad donde lo privado y lo público no forman parte de un solo ámbito. Es decir, por un lado, promueve la autonomía moral de los individuos, ya que esta supone la máxima concretización de la libertad y el símbolo de nuestra dignidad. Y, por otro lado, es decir en el ámbito público, busca principios imparciales de justicia promoviendo una presencia neutral del Estado que asegure las mejores e iguales condiciones para todos, a fin de que estos puedan alcanzar sus proyectos individuales trazados. Y, sumado a ello, se conoce que la actual Constitución peruana refleja una fuerte influencia liberal en el catálogo axiológico que presenta, así como en las distintas normas que forman parte de su contenido¹⁶. Resulta razonable, más aún, idóneo, defender la propuesta multicultural liberal, no solo porque su bandera sea la defensa de la libertad cultural, sino porque detrás de esa premisa que constituye el punto de partida se encuentra la de-

¹⁵ A juicio de Ernesto GARZÓN resulta una exigencia moral la negación del carácter sacrosanto de las formas de vida colectivas y, por el contrario, debe admitirse la posibilidad de su crítica y superación. Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. «El problema ético de las minorías étnicas», en: OLIVÉ, León (compilador). *Ética y diversidad cultural*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2º edición, 2004, p. 59.

¹⁶ Como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal Constitucional, «el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII». Sentencia recaída en el Expediente 0032-2010-PI/TC, caso más de cinco mil ciudadanos, fundamento 16.

fensa de un núcleo moral mínimo (estandarizado por la humanidad) que se exige para la convivencia armónica en todo contexto social, y porque también, contra lo que en primera instancia podría pensarse, representa una garantía para la concretización y defensa de la diversidad cultural. En la medida que seamos más libres, podremos ser más diferentes de manera legítima.

Absuelta la primera pregunta formulada, corresponde dar respuesta al segundo cuestionamiento:

Si la pretensión social universal es construir comunidades humanas y justas, debemos partir por entender e internalizar cuál es la importancia que revisten las libertades, en particular, la libertad cultural; así como determinar de qué manera nos debe importar la *cultura*¹⁷.

176

Tal como se sostiene coherentemente en el Informe sobre Desarrollo Humano 2004 del PNUD, «poner énfasis en la libertad cultural no es exactamente lo mismo que jugarse el todo por el todo por la diversidad cultural. Si bien es cierto que dar lugar a la diversidad en las prácticas culturales puede resultar muy importante, puesto que el ejercicio de la libertad cultural depende de esa diversidad, ello no equivale a defender la diversidad cultural por su propio mérito»¹⁸. El *quid* de la cuestión estará entonces en cómo lograr la concretización de la diversidad cultural y el grado en que las personas involucradas pueden ejercer su libertad, toda vez que si se considera a la diversidad cultural como un valor sin importar de qué manera se alcanza se incurre entonces en una práctica irrazonable.

¹⁷ Dice Amartya SEN que «el mundo ha llegado a la conclusión –de modo más desafiante que el necesario– de que la cultura importa. El mundo obviamente tiene razón: la cultura importa», en: SEN, Amartya. *Identidad y violencia, ob. cit.*, p. 145.

¹⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Informe sobre Desarrollo Humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 2004, p. 22. Disponible en: <<http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2004/>>.

La libertad cultural, según el profesor Fidel Tubino, presupone:

[e]n primer lugar, que la identidad de un individuo no es única sino que es múltiple y que dicha multiplicidad depende de la diversidad de contextos de pertenencia de este. En segundo lugar, que nadie está determinado de manera a priori a permanecer en el marco de su cultura de pertenencia u origen porque la cultura no es destino. Las personas tenemos el derecho a 'cuestionar la aprobación automática de las tradiciones pasadas, cuando las personas encuentran una razón para cambiar de forma de vida'. En otras palabras, que nuestra pertenencia cultural sea nuestro punto de partida no significa que debe ser necesariamente nuestro punto de llegada. Pero para que la elección cultural sea verdaderamente libre deben generarse las condiciones que la hagan posible.¹⁹

Efectivamente, los individuos nos caracterizamos por una pluralidad de identidades que nos definen simultáneamente. Puedo ser, al mismo tiempo, sudamericana, ciudadana peruana, limeña de ascendencia italiana, abogada, profesora universitaria, fuerte creyente en los valores humanistas y la democracia, heterosexual, respetuosa de los derechos de los gays y las lesbianas, con un estilo de vida no estrictamente católico en perspectiva formal, no ser oriental y creer en el poder de la energía y del equilibrio espiritual. Sin embargo, existen muchas otras categorías de pertenencia que pueden configurarse e identificarme de acuerdo a los diferentes contextos de los que formo parte. Por ello, el reconocimiento de cada una de estas identidades supone el reconocimiento de su importancia, así como la precisión de que una no puede eliminar la relevancia de la otra. Y, en esa línea, supondrá, consecuentemente, que cada individuo decide libremente la importancia que le asigna a cada una de sus identidades.

¹⁹ TUBINO, Fidel. «Los desafíos de las políticas y las culturas: ¿interculturalismo o multiculturalismo?», en: *Memoria. Revista sobre cultura, democracia y derechos humanos*, Lima, 2009, N° 6, p. 24.

Como he referido, el ejercicio de la libertad cultural también incluye «la libertad de cuestionar la aprobación automática de las tradiciones pasadas, cuando las personas –en particular los jóvenes– encuentran una razón para cambiar su forma de vida»²⁰. Este derecho al disenso interno como expresión de libertad cultural se traduce en lo que Gustavo Zagrebelsky denomina la ética de la duda. En esta línea sostiene que:

[L]a duda contiene [...] un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre reexaminada y redescubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: «¿Será *realmente* verdad?». Precisamente en la formulación de estas palabras está –me parece– la expresión de la más primordial y, por tanto, más natural, de las facultades humanas. Impedirla es el acto más innatural, incluso aunque sea realizado en nombre de la «justicia natural» o de la «ley natural», afirmadas en un determinado momento y sustraídas a cualquier tipo de duda. La «naturaleza de las cosas», cuando es usada como arma contra la duda, se contradice a sí misma, dirigiéndose contra la «naturaleza del ser humano».²¹

178

De ahí que, en nombre de un impuesto e incondicionado conservacionismo no se pueda negar la libertad para reevaluar y cuestionar las normas culturales que rigen el contexto social donde se desenvuelven las personas.

Pero también forma parte del núcleo esencial de la libertad cultural como derecho, exigir la creación de condiciones suficientes para que nuestras elecciones culturales sean verdaderamente libres. Por ejemplo resulta común que los pobladores quechua hablantes que tienen la in-

²⁰ SEN, Amartya. *Identidad y violencia, ob. cit.*, p. 158.

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Traducción de Álvaro NÚÑEZ VAQUERO. Madrid, Trotta, 2010, pp. 9-10.

tención de que sus hijos en un futuro realicen estudios universitarios, se vean obligados a educar a sus hijos en el idioma castellano y no en su lengua originaria, porque la educación universitaria a nivel nacional solo se imparte en idioma castellano. En este supuesto, por tanto, no existen las condiciones para ejercer libertad cultural. En consecuencia, para alcanzar dicha libertad en un contexto de pluralidad es necesario apelar a la implementación de políticas de reconocimiento y de protección externa²² para las culturas minoritarias.

Finalmente, otro ejercicio de la libertad cultural es aquel que se materializa cuando las personas se adaptan al modo de vida que se expresa en el contexto social en el que se encuentran y se someten, producto de una decisión libre, a sus normas de convivencia y cultura (nos referimos al fenómeno de asimilación voluntaria). Frente este supuesto, como se sostiene en el Informe sobre Desarrollo Humano 2004 del PNUD, resultará «un desatino oponerse a la libertad cultural aduciendo que reduce la diversidad cultural, ya que la libertad tiene méritos propios e intrínsecos que no tiene la diversidad»²³.

179

En consecuencia, en la medida que todas las personas ejerzan su libertad cultural el grado de diversidad obtenido será mayor. Por ello afirma Amartya Sen que:

[L]a diversidad cultural puede incrementarse si se permite y se alienta a los individuos a vivir de la manera que elegirían según sus propios valores (en vez de estar restringidos por la tradición). Por ejemplo, la libertad a aspirar a estilos de vida étnicamente diversos en lo que res-

²² Existe un deber moral de proteger a las culturas minoritarias del impacto desestabilizador que genera las decisiones de la sociedad de la que forman parte. Hay, pues, un compromiso de reivindicar a las culturas minoritarias contra la sociedad en la que están englobadas. Para distinguir esta reivindicación KYMLICKA la denominará *protección externa*. Y entiende por esta la concesión de derechos diferenciados en función de grupo. Cfr. KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*, ob. cit., 1996, pp. 61 y ss.

²³ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Informe sobre Desarrollo*, ob. cit., 2004, p. 23.

pecta a los hábitos alimentarios y a la música puede hacer que una sociedad sea más diversa desde el punto de vista cultural. En este caso, la importancia de la diversidad cultural –que es instrumental– se desprenderá directamente del valor de la libertad cultural, ya que aquella será consecuencia de esta.²⁴

Las ideas expuestas no solo guardan relación con el enfoque multicultural «liberal» que defiendo, sino que sobre todo expresan la justificación de por qué resulta razonable que la libertad cultural pueda imponerse al valor de la diversidad cultural. Si adoptamos a la diversidad como último fin, entonces aceptamos el ejercicio de prácticas que podrían incidir en ese núcleo moral mínimo (dignidad, vida, libertad e igualdad) que he referido en el presente artículo. Y ello, a mi juicio, no es constitucionalmente posible.

4. El proceso de amparo y la tutela de los derechos fundamentales de las comunidades campesinas y nativas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

180

Como advertí en la introducción, en este artículo busco presentar aquellas sentencias del Tribunal Constitucional en las que, en el marco del proceso de amparo y a la luz de la Constitución multicultural de 1993, se ha tutelado derechos fundamentales de comunidades campesinas y nativas. Busco reflejar cuál es la doctrina constitucional multicultural que el Tribunal ha ido perfilando a través de su argumentación en clave plural. De ahí que, el punto de partida en este recuento jurisprudencial está vinculado obligatoriamente a precisar por qué el Tribunal considera al Estado peruano como multicultural y señalar cuáles son los principios que posibilitan la coexistencia pacífica en un escenario de diversidad, y, expuesto ello, haré un detalle de los derechos tutelados.

²⁴ SEN, Amartya. *Identidad y violencia*, ob. cit., p. 159.

4.1. ¿Por qué para el Tribunal Constitucional el Perú es un Estado multicultural?

La Constitución de 1993 –a decir del Tribunal– considera a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico²⁵. Ello, porque no existe duda de que nuestra sociedad es heterogénea en sus costumbres y manifestaciones culturales, y también está conformada por distintas etnias. De ahí se explica, entonces, el reconocimiento constitucional de la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, así como su personería jurídica (artículo 88); y además, que se haya impuesto al Estado la obligación de respetar su identidad cultural (artículo 89).

De otro lado, el multiculturalismo y la pluriétnicidad como elementos materiales de nuestra Constitución, influyen en la concreción del principio democrático reconocido en el artículo 43 porque en dicho principio residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. En tal sentido, sostiene el Tribunal²⁶, que el hecho de que por efecto de la diversidad cultural constitucionalmente reconocida, diversos rasgos espirituales y materiales se concreten en grupos minoritarios, no puede ser razón válida para desconocer o, peor aún, menoscabar sus legítimas manifestaciones. Por el contrario, cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, este pierde su valor de neutralidad, y prevalecen los valores contramayoritarios de la Constitución, como son la igualdad (artículo 2, inciso 2) y el pluralismo (artículo 2, incisos 19, 43 y 60) para recomponer el equilibrio constitucional del que el poder tiende a desvincularse.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC, caso Luis Alejandro Lobatón Donayre en representación de más de cinco mil ciudadanos, fundamento 1. En igual sentido se ha pronunciado en la sentencia recaída en el Expediente 0020-2005-AI/TC (acumulados), caso Presidente de la República, fundamento 99.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0020-2005-AI/TC (acumulados), caso Presidente de la República, fundamentos 99 y 100.

El Tribunal promoverá, pues, una concepción de democracia que busca que los sectores mayoritarios y minoritarios tengan garantizado por igual la misma realización y disfrute de sus derechos, tal como lo exige todo Estado constitucional y multicultural.

4.2. El principio de tolerancia y la diversidad

En contextos multiculturales es una exigencia constitucional considerar a la tolerancia como un valor superior y rector en aras de salvaguardar el sistema democrático, la convivencia pacífica y permitir la concreción de la diversidad. Más aún, como precisa el Tribunal, en una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra –integrada por una cultura autóctona y originaria, y por una cultura mestiza o criolla–, es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se requiere, pues, establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo. De ahí que sea posible señalar que la multiculturalidad del Estado peruano, no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural²⁷.

182

De ello se desprende, entonces, que el acto de reconocimiento de las distintas culturas e identidades no puede ser entendido como una política de asimilación. Si se incurre en tal confusión, se estaría asumiendo como válido el hecho de que la cultura mayoritaria pueda percibir a las culturas minoritarias como menos avanzadas y, en esa lógica, tales culturas pueden ser absorbidas por la sociedad dominante perdiendo su identidad. Para el Tribunal, se requiere, por el contrario, de una visión que pretenda la integración considerando las diferencias

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0042-2004-AI/TC, caso Luis Alejandro Lobatón Donayre en representación de más de cinco mil ciudadanos, fundamento 3.

culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, en la medida que tales perspectivas resultan ser más respetuosas de las realidades e identidad cultural y étnica de las comunidades campesinas y nativas²⁸.

Ahora, si estas premisas son llevadas al plano subjetivo, es posible señalar –como dice el Tribunal²⁹–, que del artículo 2, inciso 2 de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho *a la diferencia*.

183

4.3. Derechos fundamentales tutelados

Como cuestión previa a la revisión de los derechos fundamentales tutelados a comunidades campesinas y nativas, a propósito de aquellos casos donde las demandas fueron presentadas por las propias comunidades³⁰, considero necesario hacer una referencia a los alcances de la legitimidad procesal activa en el amparo y a la titularidad colectiva de derechos.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1126-2011-HC/TC, caso Juana Griselda Payaba Cachique, fundamento 15.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3343-2007-AA/TC, caso Jaime Hans Bustamante Johnson, fundamento 27.

³⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 4611-2007-AA/TC y 1126-2011-HC/TC.

• **Sobre la legitimidad procesal de las comunidades campesinas y nativas en el proceso de amparo**

Que el acto lesivo impugnado por inconstitucional sea alegado por la persona afectada es uno de los presupuestos procesales básicos del amparo. En efecto, el artículo 39 del Código Procesal Constitucional señala con claridad que «el afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo». La razón material de este precepto se asienta en la naturaleza *intuitio personae* característica de los derechos fundamentales. De ahí que si un proceso de amparo no es promovido por la persona realmente afectada, la demanda deberá ser desestimada por ausencia de legitimidad procesal³¹.

No obstante, esta regla plantea excepciones. Cuando se trata de la afectación al derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gozan de reconocimiento constitucional, el artículo 40 del citado Código habilita la figura de la representación procesal para demandar en amparo.

184

El reconocimiento de nuevos derechos como al medio ambiente, de los consumidores, culturales, ha conllevado aceptar la existencia de titularidades difusas que van más allá de lo individual, en la medida que tales derechos no pertenecen de manera exclusiva a nadie y sí, por el contrario, a todos en general. Lo que ha motivado que en la doctrina se promueva la protección de derechos o intereses de distintos tipos. Así por ejemplo, el profesor Eduardo Ferrer³², hace referencia a:

- i) Derechos *difusos*, atribuibles no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio. Siendo que el número de integrantes que tiene el interés difuso es indeterminable o de

³¹ Cfr. Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1070-2007-PA/TC, caso Edwin Humberto Lazo Ríos, fundamento 3.

³² Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*. México: Porrúa, 2003, pp.12 y ss.

difícil determinación. Constituye un ejemplo de este tipo de derechos aquellos vinculados al medio ambiente: el caso de la contaminación del agua derivado de desechos arrojados por una fábrica.

Tratándose de derechos difusos la demanda será interpuesta por cualquier persona, sin embargo, la sentencia surtirá efectos respecto de todos los integrantes de la colectividad que se encuentran en la misma posición de quien promovió la acción.

ii) Derechos *colectivos*, que atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos. Los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables. Un ejemplo sería el caso de problemas de higiene o de seguridad en una determinada escuela.

Al igual que en el caso de los derechos difusos, la demanda podrá ser promovida por cualquier persona y los efectos de la sentencia irradiarán a todos los integrantes del grupo que se encuentran en la misma posición de quien promovió la acción.

iii) Derechos *individuales homogéneos*, 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 participante.

185

En este caso, cada persona presenta su demanda en forma individual y los efectos de la demanda solo la alcanzan a ella. No obstante, el Tribunal ha meritado que en algunos casos los efectos de la sentencia pueden ser extendidos previa declaración del acto lesivo de un derecho fundamental como un «estado de cosas inconstitucional».

El Código Procesal Constitucional, además de lo señalado en el artículo 40 que ya se citó, no ha hecho precisión sobre los derechos colectivos y su protección. Sin embargo, esto no impide que cuando

los intereses colectivos de una comunidad campesina o nativa estén en conflicto y su identidad cultural se encuentre comprometida, cualquiera de sus miembros pueda promover una demanda de amparo. Tampoco prohíbe que en todo caso la propia comunidad acuda al proceso como cualquier persona jurídica a través de su representante legal.

En la sentencia recaída en el Expediente 4611-2007-AA/TC, caso Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, el Tribunal reconoció que al incidir la afectación invocada en el derecho al honor de la comunidad y de sus miembros, ambos tenían legitimidad activa para promover el amparo. Así, refirió en su fundamento 29 que:

[...] la publicación en el semanario *El Patriota* podría generar en el resto de la comunidad sentimientos hostiles o adversos respecto a la demandante y a sus miembros, por ser parte del grupo social (*universitates personarum*). Es más, se estaría afectando el honor al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social. Es así como corresponde reconocer, en el presente caso, la legitimidad activa a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados.

En casos como el planteado, incluso también podría argüirse la posibilidad de reconocimiento de titularidad colectiva, figura similar a la de la *class action*. En la demanda incluso se pueden encontrar visos de este tipo de titularidad, puesto que, concerniente a la vulneración del derecho al honor de la comunidad, se alega que '*Este derecho se ve vulnerado en cada uno de los miembros de nuestra comunidad, puesto que cada uno de nosotros somos parte integrante de la personería jurídica de la que gozamos por mandato constitucional, por lo que no podemos permitir que se mancille nuestro honor con publicaciones de esta naturaleza*'. Entonces, si bien no ha sido planteado de esta forma, también hubiera sido válido que cualquiera de los integrantes de la accionante hubiere interpuesto la presente demanda.

• **Derecho a la identidad cultural**

Como ya se refirió, la Constitución en el artículo 2, inciso 19 reconoce tanto el derecho a la identidad *cultural* como a la identidad étnica. A juicio del Tribunal, si bien se tratan de conceptos jurídicos indeterminados, considera que se refiere a:

[D]os ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. Por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de ‘aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico’; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que *entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie* (cursiva nuestra).³³

187

El derecho a la identidad étnica, en estricto, consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el *derecho de la etnia a existir*, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás³⁴.

Ahora, la identidad étnica, como especie del género «identidad cultural», ha merecido también reconocimiento de la comunidad internacional. Así, en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0006-2008-PI/TC, caso Presidente de la República, fundamento 19.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3343-2007-AA/TC, caso Jaime Hans Bustamante Johnson, fundamento 29.

Civiles y Políticos se ha establecido que «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma». El objeto de tutela de este dispositivo –a decir del Tribunal– es el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios. Sin embargo, dada la amplitud semántica que tiene el término «vida cultural» utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse solo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no solo a los grupos étnicos³⁵.

• **Derecho a usar el propio idioma**

El segundo párrafo del artículo 2, inciso 19 señala que «todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad».

Esta norma constitucional atendiendo la importancia de la dimensión colectiva en el uso de la lengua, dado que las lenguas no solo constituyen formas de comunicarse individualmente sino que sobre todo son formas de expresar una identidad y un sentir colectivo cultural³⁶, busca preservar la identidad cultural de las personas y de estas como miembros de un pueblo o comunidad haciendo posible que se comuniquen en su lengua materna y no tengan que renunciar a ella. De ahí que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0006-2008-PI/TC, caso Presidente de la República, fundamento 20.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 4719-2007-PHC/TC, caso Shaid Hussein BI, fundamento 13.

(PNUD), en su Informe sobre Desarrollo Humano 2004, haya recordado que:

[E]l uso de la lengua nativa suele ser el tema más impugnado en los estados multiculturales. Algunos países han tratado de eliminar las lenguas de los pueblos, calificando su uso de subversivo. [...] La elección de la lengua oficial –aquella utilizada en la escolarización, en los debates legislativos y la participación cívica, y en el comercio– establece los obstáculos y ventajas que enfrentarán los individuos en la vida política, social, económica y cultural. [...] Reconocer una lengua implica más que su mera utilización. Simboliza el respeto por las personas que la hablan, su cultura y su inclusión total en la sociedad. El Estado puede mostrarse ciego ante la religión, pero no puede quedarse mudo ante la lengua. Para experimentar una sensación de pertenencia, los ciudadanos necesitan comunicarse y la elección de una lengua oficial simboliza la identidad nacional.³⁷ Ahora, nuestra Constitución no solo protege el uso de la lengua en su dimensión subjetiva como derecho (artículo 2, inciso 19); sino también en su dimensión objetiva reconoce la oficialidad del quechua, aimara y lenguas aborígenes (artículo 48), así como ordena preservar las distintas manifestaciones lingüísticas (artículo 17).

189

Por todo lo expuesto el Tribunal Constitucional³⁸, en el marco de procesos penales y a propósito del debido ejercicio del derecho a la defensa, ha advertido de la obligación constitucional de permitir a las personas investigadas o procesadas a hacer uso de su propio idioma y, en el supuesto de que haya algún impedimento por la no coincidencia

³⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Informe sobre Desarrollo*, ob. cit. pp. 8-9.

³⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 4719-2007-HC/TC y 4789-2009-HC/TC. Hay que precisar que en ambos casos se trató de ciudadanos extranjeros, sin embargo, el argumento utilizado por el Tribunal constituye un antecedente jurisprudencial aplicable a aquellos casos donde miembros de comunidades campesinas y nativas demanden la protección de su derecho a usar el propio idioma (lengua nativa).

en el idioma con las autoridades, a que sean asistidas por un intérprete. Contribuyendo con esto al diálogo intercultural que es obligatorio y necesario en una sociedad plural.

• **Derecho a la libre autodeterminación de los pueblos**

La autodeterminación de un pueblo no debe ser entendida como una pretensión autárquica, separatista, que busca ir contra el sistema. Por el contrario, debe ser considerada, junto con los principios de unidad e integridad territorial (artículos 43 y 54 de la Constitución), como el fundamento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en conjunto. Para el Tribunal, la libre autodeterminación:

[...] es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.³⁹

190

La libre determinación es entendida, entonces, por el Tribunal, como el derecho constitucional de los pueblos originarios (en *vis* colectiva) a organizarse de manera autónoma, libre de interferencias y sin más límite que lo establecido por la Constitución. Este derecho, sumado a la concepción comunal de la tierra, sirve de sustento para la configuración del derecho a la consulta previa⁴⁰.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3343-2007-AA/TC, caso Jaime Hans Bustamante Johnson, fundamento 32. En igual sentido, sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1126-2011-HC/TC, caso Juana Griselda Payaba Cachique, fundamento 23.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 3343-2007-AA/TC, caso Jaime Hans Bustamante Johnson, fundamento 33.

• **Derecho a la consulta previa**

Este derecho será atendido por primera vez por el Tribunal Constitucional en el expediente 3343-2007-AA (fecha de publicación en la web oficial: 20 de febrero de 2009), posteriormente su desarrollo se dejará establecido en el expediente 0022-2009-PI (fecha de publicación en la web oficial: 17 de junio de 2010), y, a través de la sentencia recaída en el proceso de cumplimiento 5427-2009-AC (fecha de publicación en la web oficial: 23 de agosto de 2010) el Tribunal exigirá, en el marco del cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano al suscribir el Convenio 169 de la OIT, la reglamentación del derecho a la consulta ya establecido normativamente a través de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, publicada el 7 de setiembre de 2011 en el diario oficial El Peruano.

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, suscrito en Ginebra en el año 1989 y ratificado por el Perú en enero de 1994, como advierte en su parte considerativa, es un instrumento internacional que busca garantizar la vigencia efectiva del derecho a la preservación de los rasgos culturales. Por lo que es en esa lógica valorativa que confiere especial protección y reconocimiento al derecho de participación de las comunidades nativas en las decisiones que los afecten.

191

En ese orden de ideas, el artículo 6 del Convenio, cuyo contenido normativo destaca por su particular relevancia, establece que:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas

y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 3343-2007-PA/TC⁴¹, ha reconocido que «la libre autodeterminación de las comunidades nativas, sumada a la concepción que estas tienen sobre la tierra, sirven de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa».

192

Derecho que, como dice el Tribunal, viene a ser una concreción del artículo 2, inciso 17 de la Constitución.

Es decir, cuando nuestra propia *Ley Fundamental* reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro lado, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan real y efectivamente en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas⁴².

Por ello, los fines que debe perseguir la consulta previa como mecanismo de participación de las comunidades nativas en las decisiones de su interés, más aún, si se encuentran vinculadas con los recursos

⁴¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 0022-2009-PI/TC, caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 6316-2008-PA/TC, caso AIDSESP.

naturales, no pueden ser otros, como ha referido la propia Corte Constitucional de Colombia:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.⁴³

193

De igual manera, y a partir de una situación concreta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam ha manifestado que:

⁴³ Véanse las sentencias C-620/03, fundamento 12; y C-175/09, fundamento 13. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha referido en la sentencia recaída en el Expediente 6316-2008-PA/TC, que «debe tomarse en consideración que el proceso de consulta debe realizarse en cumplimiento de determinados principios [...] entre los que se encuentran: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) la transparencia; y, e) la implementación previa del proceso de consulta», a partir de los fundamentos 26 al 36 de la sentencia recaída en el Expediente 0022-2009-PI/TC, caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos.

[...] al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (*supra* párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuere el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.⁴⁴ Por tanto, para que se configure válidamente en términos constitucionales el mecanismo de consulta previa, no basta con la información que se remita a la comunidad nativa sobre algún proyecto en particular que se tenga interés en desarrollar, sino que resulta imprescindible que en el curso del proceso de consulta se presenten fórmulas para llegar a acuerdos con la comunidades a fin de que estas se pronuncien, a través de sus representantes, sobre su conformidad o no con el proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.

En la misma línea, corresponde también al propio Estado diseñar los mecanismos idóneos, ya sea en la Constitución o en una norma con rango de ley, que aseguren la participación activa de las comunidades nativas y

⁴⁴ Véase caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. serie C, N° 172, párrafo 133.

garanticen, de ese modo, la protección de sus intereses particulares que se ven proyectados en buena cuenta en los intereses de la sociedad y del Estado constitucional. Y, ello, por cuanto, el Estado peruano al haber suscrito el Convenio 169 de la OIT ha asumido un compromiso internacional ineludible que lo obliga a realizar una consulta previa cada vez que se pretenda dictar una medida legislativa o administrativa que incida directamente en los intereses de las comunidades nativas que habitan en el territorio.

En suma, y en orden a las consideraciones expuestas, el Tribunal⁴⁵ estimó que las obligaciones derivadas directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, pueden ser resumidas en los siguientes términos:

- a. La observancia del principio de buena fe. A través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27).
- b. La flexibilidad. Es decir, la consulta debe ser llevada a cabo de manera «apropiada a las circunstancias», razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31).
- c. El objetivo de alcanzar un acuerdo. Debiendo entenderse que la finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, sino que también debe prestarse atención al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 5427-2009-AC/TC, caso AIDSESP, fundamento 60.

por la industria correspondiente (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33).

- d. La transparencia. En tal sentido, es importante que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean estas positivas o negativas. De igual forma, deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustentan la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33).
- e. La implementación previa del proceso de consulta. Con ello, se busca garantizar la expectativa de influencia de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las medidas que puedan afectarlos, si bien esto puede admitir ciertas excepciones a la luz de los hechos concretos (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36).
- f. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa importa: i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37).
- g. Por último, las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas debe seguir la siguiente secuencia fáctica:
- En primer lugar, el inicio del proceso debe ser la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede afectar direc-

tamente a un pueblo indígena, tarea que debe ser realizada por la entidad que está desarrollando la medida.

- En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.

- En tercer lugar, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha.

- En cuarto lugar, si el pueblo indígena involucrado se encuentra de acuerdo con la medida consultada, entonces concluye la etapa de negociación.

- De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable.

197

Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo afectado (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41).

• **Derecho a la propiedad del territorio indígena**

La relación particular que existe entre las comunidades campesinas y nativas con la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos⁴⁶, ello, por cuanto, para estas comunidades, como sostiene Elizabeth Salmón:

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 3343-2007-AA/TC, caso Jaime Hans Bustamante Johnson, fundamento 32.

[L]a tierra cumple un doble papel: adicionalmente a constituir el sustento económico de los pueblos, la tierra representa también el espacio histórico, físico y espiritual con el cual determinado grupo construye su identidad y sobre el cual basa su propia existencia.⁴⁷

En esa línea la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua ha señalado que:

[...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁴⁸

198

Si bien nuestra Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas en sus artículos 88 y 89, como dice el Tribunal, no recoge el concepto de «territorio» de forma expresa. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 13 que la utilización del término «tierras» debe incluir el concepto de «territorios». La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de las comunidades campesinas y nativas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber

⁴⁷ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, IDEHPUCP - Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ. Los derechos de los pueblos indígenas, 2010, t. 3, p. 40.

⁴⁸ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, N° 79, párrafo 149; en igual sentido Caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, N° 125.

sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas⁴⁹. Para el Tribunal queda claro, entonces, que las comunidades campesinas y nativas tienen asegurada la protección de su derecho a la propiedad de los territorios originarios.

• **Derecho al honor**

La comunidad nativa Sawawo Hito 40, a través de su representante legal, promovió demanda de amparo contra el director del semanario *El Patriota* por considerar que este había violado su derecho al honor. La pretensión fue estimada por el Tribunal a través de la sentencia recaída en el expediente 4611-2007-AA/TC, en la misma que consideró que el derecho al honor es atribuible a personas jurídicas como la comunidad demandante. Así en el fundamento jurídico 38 señaló que:

El honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas. Si su capacidad para interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del honor. *La tutela de la dignidad de los integrantes de la comunidad nativa origina la salvaguardia del derecho al honor* de Sawawo Hito 40 (resaltado agregado).

199

Y como consecuencia de la afectación producida dictó medidas satisfactorias para tratar de compensar el derecho al honor conculcado (fundamento 61):

Tomando en cuenta la situación planteada y que la demanda fue interpuesta contra el director de un diario, por lo que no solo responderá él en tanto persona natural sino el medio de comunicación en sí, el Tribunal Constitucional, considerando la función constitucionalmente asignada, estima que en el caso concreto el semanario *El Patriota* deberá ejecutar acciones concretas:

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1126-2011-HC/TC, caso Juana Griselda Payaba Cachique, fundamento 22.

- En primer lugar, enviarle los desagravios privados correspondientes a la comunidad nativa por medio de una *carta notarial*, o en caso corresponda, mediante el juez de paz, en el plazo máximo de tres días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.
- En segundo lugar, a costo de la accionada, *publicar la mencionada carta* en el diario de mayor circulación en la región, en el plazo máximo de siete días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.
- En tercer término, mediante un suplemento especial de mínimo cuatro páginas, en el mismo semanario o en cualquier otro en el caso de que no esté en circulación a la hora de ser notificada la presente sentencia, *reproducir el tenor de la presente sentencia*, bajo el título *Reparación a la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por parte del semanario El Patriota en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4611-2007-PA/TC*; y también a costo suyo, en el plazo máximo de treinta días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

De lo expuesto queda claro que la pretensión de tutela colectiva al derecho al honor de comunidades campesinas y nativas puede ser solicitada a través de un proceso de amparo.

• Derecho al debido proceso

Como se sabe, el artículo 149 de la Constitución reconoce la autonomía jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas, en tanto admite la aplicación del derecho consuetudinario por parte de estas imponiéndoles un solo límite: el respeto por los derechos fundamentales. Con lo cual, en nuestro ordenamiento el pluralismo jurídico está constitucionalizado.

En tal sentido, las comunidades campesinas y nativas en el marco de su competencia jurisdiccional autónoma tendrán facultad para designar a sus propias autoridades judiciales, establecer los procedimientos de juzgamiento, así como la facultad para determinar

los tipos de sanciones que se pueden aplicar a los diferentes casos. De ahí que formará parte del contenido esencial del derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas el derecho que tienen para resolver sus conflictos intersubjetivos de acuerdo a las normas que conforman su Derecho y a las tradiciones que los identifican; siempre y cuando la aplicación de dicho Derecho y de dicha tradición no supongan una violación a los derechos fundamentales de las personas.

Es en ese marco donde el debido proceso constituye un derecho cuya tutela legítimamente es exigida. En la sentencia recaída en el Expediente 4391-2011-PA/TC, caso Máximo Castro Salvador, aunque de forma tímida, el Tribunal por primera vez refiriéndose al derecho al debido proceso ha señalado que:

[...] al interior de una comunidad campesina se puede ejercer contra los miembros de esta el derecho disciplinario sancionador, cuando estos cometan faltas tipificadas en la ley o sus estatutos, siempre y cuando se les garantice un debido proceso y se respeten los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Ello por cuanto el derecho fundamental al debido proceso se irradia a todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza, incluyendo las relaciones *inter privados*. En dicho contexto, la comunidad campesina San Juan Bautista de Callebamba, en su condición de persona jurídica de interés público, sujeta a los principios, valores y disposiciones constitucionales, tiene la obligación de respetarlos al igual que un ciudadano o institución pública o privada (fundamento 5).

201

En tal sentido, para el Tribunal el debido proceso es un derecho cuya titularidad es atribuida a los miembros de comunidades campesinas y nativas; pero, en perspectiva objetiva, el debido proceso también opera como un valor que fundamenta esa moral formal del derecho, en el caso, del derecho consuetudinario, y otorga legitimidad constitucional a la potestad sancionadora que las comunidades ejercen.

5. Conclusión

La Constitución de 1993 es multicultural y está fundada en principios de tolerancia y pluralismo. Así lo considera el Tribunal Constitucional. De ahí su respuesta atenta a los distintos casos donde, independientemente de quien haya demandado, al estar los intereses colectivos de una comunidad en conflicto y comprometida su identidad cultural, encontró razón constitucional suficiente para otorgar tutela.

En casi todos los casos que he referido las comunidades han comparecido a los procesos en calidad de personas jurídicas y a través de un representante legal, y el Tribunal ha validado su legitimidad procesal.

Asimismo, han solicitado la tutela colectiva de derechos, y sin hacer una distinción prolija respecto a la titularidad de derechos el Tribunal les ha ofrecido protección, claro está, porque salvo el supuesto del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, todos los demás que detallo en este texto bien pueden ser atribuidos a los miembros de la comunidad como a las comunidades mismas.

Finalmente quiero señalar que con las sentencias referidas, el Tribunal ha delineado una doctrina constitucional multicultural, la cual no me aventuro a precisar si es de tipo liberal o comunitaria; pero sí que, aun cuando no puede ser vista como acabada, representa un serio avance en la política de reconocimiento a las comunidades campesinas y nativas, así como en la protección del derecho a la diferencia que exige la realidad peruana.

El amparo y la tutela de derechos en conflictos familiares judicializados

✍ MANUEL BERMÚDEZ TAPIA*

Sumario: 1. La realidad social peruana en el ámbito familiar. 2. El impacto de la realidad familiar en el ámbito jurisdiccional. 3. La relatividad de elementos jurídicos evaluados en el análisis de conflictos familiares judicializados. 4. El punto ciego en la evaluación jurisdiccional de los conflictos familiares judicializados. 5. Análisis de los derechos en un proceso de amparo en una evaluación de un conflicto familiar judicializado.

203

1. La realidad social peruana en el ámbito familiar

Durante los últimos veinte años en el ámbito jurisdiccional constitucional y ordinario se ha observado un incremento de casos en los cuales se ha ejecutado un análisis constitucional de derechos y obligaciones provenientes de la interpretación de instituciones y relaciones inter personales propias del derecho de familia.

La realidad social y familiar en el Perú ha cambiado de un modo extraordinario al nivel de que se han registrado situaciones especiales, en donde se ha tenido que aplicar criterios de interpretación sumamente elaborados y utilizar valores propios de la equidad ante casos en los cuales la «Ley» quedaba desnaturalizada frente al caso concreto.

* Abogado. Magíster en Derecho. Docente en la UNMSM, Pedro Ruiz Gallo, Universidad Nacional de Trujillo, Antenor Orrego, San Antonio Abad del Cusco, Hermilio Valdizán, San Cristóbal de Huamanga y la Academia de la Magistratura.

2. El impacto de la realidad familiar en el ámbito jurisdiccional

Los casos propios de las relaciones socio familiares, tan disímiles como excepcionales se han desarrollado en el análisis de procesos en el Poder Judicial como en el ámbito constitucional en el Tribunal Constitucional, y una muestra de esta jurisprudencia nos permite señalar estos ejemplos de modos de resolver causas respecto de la naturaleza de la controversia evaluada:

a) Respecto de la evaluación de derechos individuales con proyección social familiar.

En este nivel es posible mencionar procesos como:

i. STC 09332-2006-PA/TC, caso Reynaldo Shols, en donde se ha reconocido y tutelado tres derechos: derecho a fundar una familia, derecho a proteger a los miembros de la familia y el reconocimiento de la igualdad de derechos entre hijos en una familia ensamblada.

204

Esta sentencia es importante porque precede en cinco años a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Argentina, en el caso seguido por Fornerón e hija¹, en la cual se tutela el «vínculo familiar» y la «obligación moral de proteger a la familia» por parte del «demandante», situación que nos permite señalar que en ambos niveles jurisdiccionales, las «materias» en evaluación fueron prácticamente muy similares.

En ambos casos se «litigó» contra el Sistema Jurisdiccional Nacional para acceder a la defensa de un derecho.

ii. STC 1317-2008-PHC/TC, caso Francisco y Juan Tudela van Breugel-Douglas, en el cual se tuteló el vínculo paterno filial como institución natural, la cual no podía ser limitada por una disposición legal

¹ CIDH. Caso Fornerón e hija. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>, recuperado el 20 de octubre de 2015.

o una acción individual por parte de una persona ajena a la relación entre un ascendiente y un descendiente.

La proyección de esta sentencia incide en la propia naturaleza de las relaciones entre familiares y evalúa las condiciones en las cuales estas tienen una condición superior a las situaciones que la ley determine, por ejemplo en casos de determinación de un «régimen de visitas», «tenencia», «interdicción» o «curatela».

Con la interpretación de esta sentencia, es posible entender el caso de José Malmborg Ríos, STC 05737-2009-PHC/TC en donde las hijas del mencionado señor disputaban un bien inmueble como propiedad y una de ellas ejecutaba una «obstrucción de vínculo» para que la hermana no tenga acceso a un régimen de visitas para ver al patriarca familiar.

iii. STC 06572-2006-PA/TC, caso Janet Rosas Domínguez en donde se tutela los derechos previsionales de conviviente supérstite.

205

Nótese el período de tiempo en que esta sentencia precede a la Ley 30007 (17/04/2013) que finalmente regula normativamente los derechos a la equivalencia formal entre la convivencia con el matrimonio, la sucesión entre convivientes y los derechos previsionales a favor de convivientes.

iv. Casación 0856-2000, Apurímac, en donde se determina el carácter inmutable del derecho de visitas para el progenitor sin tenencia desde una perspectiva dual: por cuanto es también un derecho del menor involucrado en un conflicto entre sus progenitores.

La Corte Suprema, ponderó el derecho de una «parte no procesal» como superior a los derechos de las «partes procesales» y determinó en función al interés superior del niño que todo menor tiene un mejor derecho a ser tutelado en el caso de la determinación de un régimen de visitas.

Criterio importante si se toma como referencia el hecho de que en el ámbito de las disputas entre progenitores y nivel de interpretación de derechos entre los jueces de primeras instancias, frecuentemente no se analizan los derechos de los menores de edad.

v. Casación 2067-2010, Lima, en donde se sancionaron los actos de alienación parental provocado por el progenitor con tenencia en contra del progenitor con derecho a visitas.

Hasta la expedición de esta sentencia, la práctica usual en el ámbito jurisdiccional en la especialidad de familia era la de considerar como «actos irrelevantes» estas manifestaciones de violencia psicológica en contra del progenitor sin derecho a la tenencia y del menor.

Sin embargo, la práctica de los órganos jurisdiccionales inferiores es aún negativa en estos casos, y lamentablemente no se toma en cuenta el efecto que pudiera generar entre las partes afectadas: la padrectomía.

206

A la fecha, el Equipo Multidisciplinario del Poder Judicial desconoce o no sabe evaluar correctamente este daño psicológico que puede sufrir el progenitor sin contacto con su hijo y este mismo. Esta crítica se constata cuando se acredita que en la práctica pericial de dicho ámbito no existen protocolos psicológicos o psiquiátricos para evaluar psicopatologías.

b) Evaluación de derechos individuales de corte económico en contraposición con derechos individuales de terceras personas.

La realidad nos permite analizar procesos en donde se han analizado temas puntuales de naturaleza civil, patrimonial, societaria e inclusive tributaria.

i. Casos en los cuales se registra el fallecimiento de un cónyuge y se requiere determinar los derechos patrimoniales de la sucesión. (Ver: Expediente 02412-2011-PA/TC, caso Gloria Esther Rojas Arroyo).

ii. Casos en los cuales se ha producido un nuevo matrimonio (civil o religioso) con una segunda pareja, lo que afecta psicológicamente a la primera.

Podemos citar la siguiente jurisprudencia: Casación 4638-2011, Ayacucho; Casación 326-2011, Puno; Casación 3984-2011, Lima.

En estos casos especiales se ha registrado la existencia de dos familias disputando derechos de orden económico y moral (en ese orden). Debido a la naturaleza del tema en evaluación, los juzgados de familia o civiles de las cortes superiores en el país no saben cómo resolver y por ello se acude a las instancias superiores y en menor medida a la Corte Suprema de Justicia.

La dualidad de relaciones matrimoniales o convivenciales, según sea el caso, nos permite deducir que más allá del «problema de la existencia de una segunda relación», existen factores que aún la legislación nacional no ha contemplado, principalmente por que el legislador rehusa a visualizar las nuevas condiciones en las cuales se desarrollan las relaciones interpersonales con incidencia en el ámbito familiar.

207

Ante estos casos, la Ley 27495, Ley que incorpora la separación de hecho como causal para plantear un divorcio queda limitada por la propia realidad nacional, en cuanto a la evaluación de casos concretos, principalmente porque se han registrado casos en el Poder Judicial en donde las partes procesales han generado relaciones matrimoniales/convivenciales con terceras personas, estando casados y es ahí en donde elementos de «buena/mala fe», «evaluación probatoria» y ponderación de valores, resultan complejos de evaluar para un magistrado usualmente más próximo a la literalidad del Código Civil que a la solución efectiva de una controversia.

Si bien se han registrado excepciones particulares, como el caso particular de una causa en la cual se han registrado dos «viudas supérstites» que disputaban la legitimidad para suceder en un caso evidente de

«dualidad de relaciones convivenciales». El juez que atendió esta causa ante el problema material en evaluación, aplicó la «buena fe» en la causa del Expediente 01342-2009-0-1201-JR-FA-01, desarrollado por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, y ponderó los «derechos» de las partes procesales con prudencia y evitó resolver en contra de una parte con legítimo derecho (la «viuda» que no sabía que su «esposo era casado»).

c) Análisis de derechos vinculados al ámbito de la interpretación de recursos procesales en el proceso.

En este nivel de procesos, observamos que es el justiciable quien plantea una mejor defensa ante el «Sistema Jurisdiccional» principalmente porque existe condiciones procesales en las cuales el magistrado puede «ejecutar» una mejor acción para la resolución de la controversia.

Se pueden citar las siguientes jurisprudencias:

208

i. Casación 4490-2012, Huánuco, en donde se determina la capacidad del juez de incorporar elementos probatorios de oficio para analizar bajo una mejor perspectiva el caso en análisis.

Este caso es importante por cuanto se vincula al desarrollo de proceso sumarísimos, los cuales son usualmente vinculados al ámbito del derecho de familia.

Téngase en cuenta que las partes procesales en casos de conflictos familiares judicializados no suelen exponer las reales condiciones que los ha llevado al proceso y ante ello el juez se desvincula de la «realidad en evaluación» y queda condicionado a la malicia y temeridad procesal de las partes, pudiendo emitir una resolución judicial que finalmente provocará nuevos conflictos judiciales.

ii. Casación 0173-2012, Cajamarca, en la cual se analiza la suficiencia probatoria en un caso en el cual participa un «testigo» de un hecho.

Esta referencia es importante debido a su vinculación con casos de violencia familiar, en la cual participan «testigos» de parte, que suelen ser parcializados.

3. La relatividad de elementos jurídicos evaluados en el análisis de conflictos familiares judicializados

A pesar de las referencias que se han mencionado, en la especialidad de derecho de familia queda mucho por hacer, debido a que en la práctica jurisdiccional no se toman como «vinculantes» algunos criterios de interpretación de derechos, como sí sucede en el ámbito jurisdiccional penal, civil y laboral, solo por citar.

Nuestra afirmación se acredita por este pequeño ejemplo: ¿En el ámbito de un proceso penal, un juez penal admitiría un medio probatorio que no ha sido debidamente diligenciado? En la jurisdicción de familia se admiten evaluaciones periciales en las cuales se registra «el daño psicológico por estrés» como causal de violencia, sin tomar en cuenta la «causa» que la provocó.

209

Eventualmente, ¿un juez penal podría admitir una pericia de necropsia de un cuerpo si no se registra la «causa» que provocó la muerte del sujeto? En la jurisdicción de familia una «denuncia falsa» puede causar la privación de derechos desde el inicio del proceso.

La referencias de estos ejemplos, además de contundentes, son gráficos para nuestro caso porque algunas «reglas» no se siguen en los procesos de familia. Los derechos fundamentales de los litigantes y partes no procesales no son valorados constitucionalmente por los magistrados que cumplen funciones jurisdiccionales en la especialidad de familia, principalmente a nivel de jueces de paz y especializados, porque sobre ellos existe una elevada presión para interpretar bajo un criterio exegético.

La literalidad de la norma es ponderada preferentemente aún en aquellos casos en los cuales la realidad del conflicto en evaluación exige

al magistrado una intervención bajo un criterio *contrario sensu* a la ley. Dificultad que se amplía si tomamos en cuenta que las partes procesales no suelen conocer sus derechos o por cansancio procesal optan por no continuar el proceso judicial.

De este modo, los derechos y condiciones procesales son relativizados hasta un nivel de afectación sustancial del proceso que finalmente provoca una relación que se grafica en el siguiente cuadro:

Derecho afectado	Consecuencia material	Referencia jurisprudencial
Dignidad	Desarrollo de psicopatologías no detectadas en el ámbito de las evaluaciones periciales en el Poder Judicial y el Ministerio Público, como la hibrístofilia, el patrón «Domino Dad», la conducta del «hijo Cronos», padrectomía, entre otros.	La hibrístofilia se registra en aquellos casos que registran violencia física, en donde se observa los «retiros de denuncia» contra el agresor.* El patrón «Domino Dad» se observa cuando una parte procesal plantea alimentos a varios sujetos respecto de la manutención de los hijos procreados. La conducta de los «hijos Cronos» la podemos observar en el caso de Marco Gabriel Arenas Castillo, quien mató y quemó a su madre adoptiva para acceder a su patrimonio.**

210

* Esta patología a nuestro criterio es la que limita la aplicabilidad y utilidad de la Ley 29819 que sanciona el feminicidio, por cuanto estas situaciones son el punto más alto de una relación marcada por la violencia que suele ser negada por la víctima en sus etapas iniciales.

** PERÚ 21. *A sangre fría*. Disponible en: <<http://peru21.pe/actualidad/crimen-empresaria-sangre-fria-parricida-marco-gabriel-arenas-2157325>>, recuperado el 20 de octubre de 2015.

Derecho afectado	Consecuencia material	Referencia jurisprudencial
<p>Debido proceso, tutela judicial efectiva y motivación de resoluciones</p>	<p>La relativización del principio de «igualdad entre las partes», debido a la aplicación de criterios de interpretación de género</p>	<p>La fundamentación de condiciones en casos de «tenencia» y «régimen de visitas», casos en los cuales usualmente los jueces solo hacen referencia al interés superior del niño y no ponderan los derechos del progenitor «débil» (III Pleno Casatorio Civil, Divorcio por Causal de Hecho) o las reglas que recientemente se han formalizado con la Casación 1961-2012, Lima.</p> <p>Una referencia más puntual en este punto, proviene del análisis de la STC 00728-2008-PHC/TC, caso Giuliana Llamoya Hilares, en la cual se evaluó la «motivación judicial» de un caso en materia penal que analizaba un caso de parricidio.</p>
<p>Economía procesal y gratuidad en el acceso a la justicia</p>	<p>En estos niveles las partes procesales, generan:</p> <p>En una etapa previa al proceso: procrastinación para la formulación, defensa u oposición de sus derechos/ obligaciones</p> <p>En una etapa procesal: rebeldía y abandono procesal.</p> <p>En una etapa de ejecución de sentencia: la continuidad del conflicto en nuevos procesos judiciales</p>	<p>En el caso de procrastinación, respecto del caso del requerimiento de obligaciones alimenticias, el panorama procesal generó la expedición de la Ley 30179, que amplía el plazo para requerir el pago de alimentos hasta por 15 años, resolviéndose la contradicción generada por interpretación literal entre el Código Civil y el Código Procesal Civil respecto de la defensa del derecho a percibir alimentos, que en un caso era considerado un derecho fundamental y en otro una pretensión de carácter patrimonial.</p> <p>Los casos de rebeldía y abandono procesal en procesos de filiación y alimentos, seguidos autónomamente en la práctica judicial provocó la expedición de la Ley 29821 (28/12/2011) que acumuló dichas materias para reducir los plazos procesales.</p>

Derecho afectado	Consecuencia material	Referencia jurisprudencial
Afectación a derechos de naturaleza personal, familiar y moral	En la evaluación de los niveles de responsabilidad por acciones dolosas en el seguimiento de una causa a favor de una víctima o parte perjudicada.	III Pleno Casatorio Civil, Casación 4664-2010, Puno, divorcio por causal de hecho. Complementa la Casación, la STC 00782-2013-PA/TC, caso Juan Isla Villanueva, sentencia en la que de modo indirecto se desarrolla la procrastinación del sujeto procesal, véase el fundamento 21.
Derechos y obligaciones provenientes de una obligación alimentaria	Respecto de la evaluación de «condiciones» para la determinación de los alimentos respecto de las condiciones económicas del obligado, los cuales determinan los derechos de este.	La STC 01947-2012-PA/TC en la cual se evalúan los elementos factibles de valoración para la determinación de la carga alimentaria. La STC 03402-2012-PA/TC en la cual se regula la facultad de conocer el perfil económico de un progenitor por parte de quien ejerce la representación procesal de un menor alimentista o en derecho de solicitar alimentos.
Derechos de orden económico	En aquellos casos en los cuales la «buena/mala fe» son aplicables en casos de consecuencias de ejecución de actos jurídicos.	La Casación 835-2014, Lima Norte, desarrolla el caso de la nulidad de una venta de un bien social ejecutado por un cónyuge sin que el otro tenga conocimiento de dicha venta y el comprador conocía de dicha situación.

Bajo el esquema que presentamos solo a nivel gráfico, podemos señalar que los «valores y principios constitucionales» que guían al pro-

ceso judicial como regla general, por lo general asumen muchas excepciones en el ámbito jurisdiccional de familia y ante ello, los jueces de paz y especializados no toman en cuenta el nivel de amplitud y ponderación que desarrollan los magistrados de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional en la defensa de derechos, sean estos invocados o no, en aplicabilidad del principio *iura novit curia*².

Este grave error de apreciación de la realidad, tiene una consecuencia material siguiendo el siguiente esquema por períodos e incidencia procesal:

Nivel del conflicto	Implicancia procesal	Evaluación de derechos entre las partes procesales y no procesales
Crisis familiar: niveles de violencia familiar relativos o de consecuencia baja.	Procastinación	La afectación de la dignidad de las partes débiles* es notoria para los terceros, pero negada por ellas.
Conflicto personal y separación de la familia	Demanda principal	Cuando una pareja matrimonial o convivencial se separa por lo general la primera demanda que se interpone es la «Demanda de Alimentos», ejecutando un acto de procrastinación sobre los demás derechos.

*** En función al III Pleno Casatorio Civil, señalamos «parte débil» y «parte fuerte» porque estos representan mejor la relación entre «agresor» y «víctima», dado que no necesariamente mantienen esa condición cada parte durante el desarrollo del conflicto. Se observa así que las «partes débiles» luego se transforman en «partes fuertes» y ejecutan acciones de violencia y luego regresan a una condición de victimación.

² CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago. *Nueva introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos - Dykinson, 2010, p. 146.

Nivel del conflicto	Implicancia procesal	Evaluación de derechos entre las partes procesales y no procesales
Respuesta a la acción procesal inicial: incremento de la violencia familiar	Demanda paralela	A la interposición de la «demanda de alimentos» se plantea como consecuencia material una «demanda de tenencia o solicitud de régimen de visitas», generando el hecho de que el «demandado» inicial ahora se convierte en «demandante».
Incremento de violencia con consecuencias más agudas	Demanda complementaria	Se interponen demandas en órganos jurisdiccionales ajenos a la especialidad: Denuncias por violencia familiar, en el ámbito penal. Denuncias por sustracción de menores o incumplimiento de la prestación de obligación alimentaria. Demandas de ejecución de acta de conciliación, ejecución de sentencia.
El conflicto está generalizado y la percepción de afectación por una de las partes procesales ya es evidente.	Demanda derivada	Se acude a un proceso constitucional para ejecutar una defensa material por interpretación errónea del juez de familia. La parte procesal «desconfía» de la parcialidad del juez de familia.

Nivel del conflicto	Implicancia procesal	Evaluación de derechos entre las partes procesales y no procesales
Etapa previa a la finalización del conflicto	Demanda residual	Demanda de divorcio, generalmente planteada cuando los «derechos» y las «obligaciones» de las partes están resueltas por procesos judiciales previos pero la «relación matrimonial» sigue vigente.
Etapa posterior al conflicto	Segunda demanda principal vinculada solo a las partes procesales	Procesos de divorcio por causal de separación de hecho, provocado generalmente por la necesidad de reconocer una situación de hecho y el reconocimiento de nuevos derechos (nuevas parejas, nuevos hijos)

4. El punto ciego en la evaluación jurisdiccional de los conflictos familiares judicializados

Lo anteriormente descrito es una representación gráfica de lo que usualmente se observa en el ámbito jurisdiccional de familia y ante ello ni los legisladores ni los magistrados han tomado una real percepción del problema en ciernes.

Nótese que son las «mismas partes procesales», y la referencia nos permite señalar estas referencias parciales:

- a) Se desarrollan hasta cuatro procesos (como referencia mínima si el conflicto es agudo) como regla general. Esta situación provoca el alto índice de impredecibilidad judicial en la especialidad y la observación de «resoluciones o sentencias contradictorias» en cuanto a su naturaleza ejecutiva.

- b) Los procesos se desarrollan inicialmente en dos instancias diferenciadas: juzgados de paz (alimentos, régimen de visitas) y especializados (divorcio, violencia familiar).
- c) Las materias en evaluación son «excluyentes» entre sí, provocando que los criterios de acumulación no sean admitidos, provocando la ampliación del conflicto, la desprotección de derechos y la generación de nuevos procesos judiciales.
- d) Los procesos, según el nivel del conflicto entre las partes, generan «apelaciones», plantean una «casación» o interponen un «recurso de agravio constitucional».

La carga procesal en la especialidad supera al contexto jurisdiccional penal en la actualidad, es una consecuencia objetiva de este factor.

216

- e) Los procesos judiciales desarrollados no toman en cuenta a los sujetos no procesales: la familia de las partes procesales, ni las relaciones familiares que se desarrollan respecto de una «parte procesal».

La individualidad de la evaluación «procesal» hace que el juez se concentre en un «individuo» sin tomar en cuenta que este se desarrolla socialmente en un conjunto de relaciones interpersonales en su propia familia nuclear (anillo familiar interior), familia extendida (anillo familiar intermedio) y relaciones sociales (anillo familiar externo).

- f) Los procesos judiciales no toman en cuenta el nivel de «participación» del sujeto procesal, el cual puede intervenir como «agente provocador del conflicto», «víctima», «afectado», «parte invisible», «parte colateral» y «sujeto impávido».

Las evaluaciones psicológicas, psiquiátricas y la evaluación social a un sujeto procesal por lo general son ejecutadas con

mucha posteridad a los hechos materia de evaluación judicial y por ello, las «referencias periciales» resultan disfuncionales a las necesidades del juez de «conocer el caso».

g) Las consecuencias materiales del conflicto se amplían con la «lentitud procesal» provocada por la carga judicial y la relativización de acciones de tutela inmediatas por parte de los magistrados, hecho que provoca el incremento de los niveles de violencia familiar que pueden producir:

i. En el ámbito psicológico: suicidio infantil, padrectomía, obstrucción de vínculo, alienación parental, síndromes como el de Estocolmo, Münchhausen, Asperger, Tourette, Domino Dad y Medea.

ii. En el ámbito económico: casos de parricidio y/o filicidio, fertilidad socio múltiple, surgimiento del «polizonte económico» o la negación de cubrir la obligación alimentaria.

iii. En el ámbito físico: agresiones físicas, mutilaciones, feminicidio.

217

En conjunto, una serie de nuevas variables que acreditan el hecho de que el sistema jurisdiccional en el ámbito familiar está en crisis y la evaluación de «derechos» no es equivalente al que se desarrolla en otras especialidades y estas consecuencias se registran en estos factores:

a) Una fuerte valoración de «género», provocada principalmente al elevado volumen de carga procesal proveniente de «casos tipo», en el cual el varón resulta el principal responsable de la crisis familiar y la relativización de derechos de los miembros de «esa» familia.

Consecuentemente, cuando la situación varía, los derechos de los litigantes varones no se valora en forma «equivalente» al de la madre/

esposa, quebrando el principio de «igualdad entre las partes» y el de «imparcialidad judicial».

Referencias que se observan sobre todo en el ámbito de la tutela de derechos en procesos de alimentos, tenencia y régimen de visitas, donde los niveles de fundamentación de derechos y obligaciones suelen ser muy ambiguos.

- b) Una relativización a niveles de intervención «proactiva» en el tiempo en la tutela de derechos, principalmente debido a que la recurrencia a medidas cautelares no logran tener el efecto positivo que deberían cumplir.

Como consecuencia de estas situaciones se puede observar:

- i. Renuncia al centro de trabajo por parte del «obligado a prestar alimentos» en el caso se consigne el «descuento por planilla».
- ii. Conminación al «cese de actos de violencia» dirigidos contra el agresor.
- iii. Ampliación de requerimientos formales para la ejecución de un Acta de Conciliación, de una Sentencia (consentida).³

- c) Niveles de argumentación y motivación en la redacción de resoluciones y sentencias que provocan en esencia, casos «resueltos» con «temas pendientes a resolver».

Esta situación por lo general provoca «sentencias incompletas» y se requiere la ejecución de una «demanda complementaria», por ejemplo, en los procesos en donde se hace una liquidación de la sociedad de gananciales, no se determina cómo las partes «dividirán» un bien.

³ PÉREZ MARTÍN, ANTONIO Javier. *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*. Valladolid: Lex Nova, 2009, p. 275.

5. Análisis de los derechos en un proceso de amparo en una evaluación de un conflicto familiar judicializado

Luego de la descripción negativa del contexto que hemos evaluado, corresponde plantear algunos mecanismos de solución que en materia de «evaluación de derechos» nos permite señalar que la recurrencia a la interposición de recursos de agravio constitucional, propiamente dicho un proceso de amparo, pueden ser «mecanismos eficaces» ante la práctica decimonónica que se ejecuta en la gran mayoría de procesos judiciales en órganos jurisdiccionales de instancias inferiores.

Ante esta situación debemos señalar que la tutela de derechos deben provocar acciones institucionales en el Estado, en todos sus niveles, para que así se ejecute una acción efectiva y se restrinja el daño provocado o este no logre materializar un daño superior.

Punto importante de análisis si tomamos en cuenta que en los procesos judiciales desarrollados a raíz de una crisis familiar, la «resolución del mismo» genera una condición que materialmente provoca un daño o una limitación de derechos en una parte procesal.

219

De nada servirá una sentencia judicial, si durante la ejecución del proceso las partes procesales desarrollaron acciones complejas que limitaron el mismo (reconciliación familiar) o han provocado situaciones mucho más graves: feminicidio, parricidio o filicidio.

El ejemplo gráfico que representa este hecho se produjo en el caso del asesinato de la niña Pierina Nicole Cardoza Tello (9 años) victimada por su propia madre Isabel Mirella Tello Chanduvi (31 años) luego de ejecutar actos de maltrato psicológico, físico y sexual (violación).

Esta situación se generó luego de que un juzgado de familia determinara la tenencia de la menor a favor de su madre, a pesar de que la abuela materna Bertha Chanduví García había denunciado previamente a la madre (su hija) por ejecutar actos de violencia contra su nieta. Dicho juzgado tampoco validó la posición del padre, quien planteaba la variación de tenencia.

En ese entonces, el juzgado no valoró el hecho de que la «omisión de alimentos» (según el padre) se debía a que el cuidado de la hija la ejecutaba la abuela materna y los «alimentos entregados» no tenían destino el cuidado y crianza de la niña.

La nula percepción del «conflicto y drama familiar» por parte del sistema jurisdiccional se ejecutó con posterioridad a la muerte de la menor, cuando dos meses después se notificó la «variación de la tenencia» a favor del padre. En ese entonces el presidente del Poder Judicial, Enrique Mendoza, justificó esta situación señalando que el juzgado estaba evaluando el comportamiento de los progenitores para la determinación de la tenencia y se optó que el derecho lo ejecute una madre acusada por violencia familiar que un padre acusado por omisión de alimentos.

La consecuencia de este nivel de aplicabilidad de criterios, se observa en la necropsia de la niña, donde se registra la violencia física reiterada, la violación y finalmente el acto de estrangulamiento por parte de la madre.

220

Frente a lo relatado, ¿los jueces de familia ejecutan correctamente la interpretación de derechos en el desarrollo de la evaluación de un expediente en la especialidad?

A nuestro criterio, los jueces de paz y especializados son los más próximos a reflejar la disfuncionalidad del sistema jurisdiccional en la especialidad en contraposición con el criterio más proactivo y tuitivo registrado en la Corte Suprema y Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esto que podría ser considerado un hecho positivo es a nuestra posición crítica una cuestión que representa un contexto más grave aún.

Si un caso llega a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional, debemos considerar que entre «el inicio del conflicto», la «acción que provoca el proceso judicial» y la «atención jurisdiccional en la Corte Suprema o Tribunal Constitucional con la expedición de la Sentencia»

existe una separación de tiempos que resultan graves para una de las partes débiles del conflicto familiar.

Y el caso no finaliza en esas instancias, porque si han intervenido la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, implica que el caso debe «continuar» en un juzgado de nivel inferior, hasta la determinación de una resolución que finalice el proceso, situación que no implica una referencia vinculante con la solución del conflicto familiar.

Entonces, durante todo este tiempo, ¿cómo se tutelan derechos fundamentales en el ámbito jurisdiccional en la especialidad de familia?

La respuesta nos permite señalar una de las causas por las cuales la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han tenido que intervenir con mayor incidencia en estos casos que usualmente eran considerados «privados» o de «incidencia menor en el ámbito jurisdiccional».

Una reforma estructural a todo el Sistema Jurisdiccional en la especialidad implica necesariamente la reforma total de la legislación familiar (Código Civil, Código de los Niños y Adolescente, Código Procesal Civil y leyes especiales relacionadas), pero hasta que eso suceda, los derechos fundamentales de las personas no tendrán la misma condición de tutela que la observada en otras especialidades jurisdiccionales.

La sentencia estimatoria del amparo en el Perú

✍️ OMAR CAIRO ROLDÁN*

Sumario: 1. Introducción. 2. La sentencia mandamental en el amparo peruano. 3. Las medidas coercitivas previstas en el Código Procesal Constitucional. 4. La medida coercitiva de detención.

1. Introducción

Difícilmente se puede encontrar un acto más importante en un proceso que la sentencia. Teniendo presente que el amparo nacional es un proceso de tutela de urgencia de los derechos constitucionales, en el presente trabajo intentaremos identificar qué tipo de sentencia estimatoria se expide en este proceso constitucional. Además, revisaremos los instrumentos previstos en nuestro ordenamiento para hacerla efectiva.

223

2. La sentencia mandamental en el amparo peruano

Para regular la ejecución de las sentencias estimatorias del amparo, el ordenamiento anterior a la vigencia del Código Procesal Consti-

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de las maestrías en Derecho Constitucional y Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y la Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Integra el comité consultivo de la Revista Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Socio del Estudio Monroy Abogados.

tucional establecía la remisión al procedimiento de ejecución de sentencias propio de la tutela jurisdiccional ordinaria¹. Además, contemplaba la posibilidad de denunciar penalmente al sujeto que decidía no cumplir una sentencia de amparo que le ordenaba detener la omisión agravante de uno o más derechos constitucionales del demandante^{2 3}. Por lo tanto, las sentencias estimatorias del amparo eran tratadas como sentencias de condena. Este tipo de sentencias imponen al demandado la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer, y habilitan el inicio de un procedimiento para, en caso de incumplimiento, proceder a la ejecución forzada de la prestación ordenada.

El tratamiento que brinda el Código Procesal Constitucional a las sentencias estimatorias del amparo es diferente. Según su artículo 22, la sentencia de primer grado que ordena la realización de una pres-

¹ Ley 25398, Ley que complementa las disposiciones de la Ley 23506.

Artículo 27.- Las resoluciones finales consentidas o ejecutoriadas que recaigan en las Acciones de Garantía, serán ejecutadas por el juez, Sala o Tribunal que la conoció en primera instancia, en el modo y forma que establecen los Títulos XXVIII y XXX, Sección Segunda del Código de Procedimientos Civiles, en cuanto sean compatibles con su naturaleza.

² Ley 25398, Ley que complementa las disposiciones de la Ley 23506

Artículo 28.- En los casos de omisión por acto debido se notificará al responsable de la agresión concediéndole para su cumplimiento el término de 24 horas, tratándose de derecho protegidos por la Acción de Hábeas Corpus y de 10 días calendario tratándose de derechos protegidos por la Acción de Amparo y siempre que el término no perjudique el ejercicio del derecho reconocido por la resolución final, bajo apercibimiento de ejercitarse la acción penal pertinente de ser el caso. Asimismo, se hará responsable del pago de los daños y perjuicios que resultaren de este incumplimiento.

³ Acerca de las formas de incumplimiento de las sentencias constitucionales en los procesos de amparo, durante la vigencia de la Ley 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo), Samuel ABAD recuerda lo siguiente: «Y es que en el Perú, el incumplimiento de sentencias ha contado con diversas modalidades. Por un lado se han presentado casos en los que la autoridad se negaba a acatar la sentencia sin ninguna justificación; en otros alegaba carecer del presupuesto necesario para hacerlo o no contar con una plaza vacante (por ejemplo, si se trataba de la reposición de un empleado público). También se han presentado casos en los cuales la autoridad aparentemente cumplía con la sentencia pero posteriormente reiteraba la misma agresión contra el demandante». ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 208.

tación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata y, para su cumplimiento, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Esta norma también establece que cualquier de estas medidas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia. En consecuencia, las sentencias estimatorias del amparo, según el ordenamiento vigente, pertenecen a la categoría denominada sentencia mandamental. Para distinguirla de las sentencias de condena, Luiz Guilherme Marinoni explica lo siguiente:

En la *sentencia mandamental* el juez usa la fuerza del Estado para estimular al vencido a cumplir, al tiempo que, en la *condenatoria*, hay solo la constitución de una situación jurídica que puede abrir oportunidad para su uso. No hay cómo pensar que en la sentencia mandamental hay solo la creación de los presupuestos para el uso de la fuerza estatal, suponiéndose equivocadamente, que esta fuerza, frente a la orden bajo pena de multa, solamente entra en acción con la cobranza de la multa. Esto sería negar la característica de la propia orden bajo pena de multa. Como es obvio, el juez, cuando ordena bajo pena de multa, no determina el cumplimiento bajo pena del pago de valor equivalente al de la prestación incumplida (y tampoco debería), sino *impone necesariamente la multa en valor suficiente para obligar al demandado a cumplir*. Si la imposición de la multa sirve para forzar el cumplimiento, es evidente que ella supone el uso de la fuerza del Estado. Lo que menos importa, ahí, es la cobranza del valor de la multa. Algo muy distinto ocurre cuando la condena no es cumplida y el vencedor pasa a recorrer el camino de la ejecución forzada. En esta hipótesis el demandado no es forzado a cumplir. *Al contrario, se confiera a él la posibilidad de cumplir y, al mismo tiempo, la posibilidad al acreedor de proponer una acción de ejecución en caso de inobservancia de la sentencia* (resaltado agregado).⁴

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela procesal efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 151-152.

El mismo carácter –sentencia mandamental– tiene la sentencia firme estimatoria del amparo. Según el artículo 59⁵ del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del mismo Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada y, tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado. Además, prescribe que, cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que ese encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al juez quien puede concederle un plazo no mayor de cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas previstas en el código. Como se puede apreciar, la sentencia firme del amparo contiene un mandato de cumplimiento dirigido al demandado, bajo un apercibimiento contenido en la misma sentencia. Es decir, su

⁵ Código Procesal Constitucional

Artículo 59.- Ejecución de Sentencia

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.

Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el juez ordenará que se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente.

Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo».

ejecución no se remite al procedimiento de ejecución de sentencias judiciales firmes previsto en los artículos 688 inciso 1, 690-D, 715, 716 y 717 del Código Procesal Civil.

3. Las medidas coercitivas previstas en el Código Procesal Constitucional

Según el artículo 22 del Código Procesal Civil, la sentencia estimatoria del amparo *se actúa conforme a sus propios términos*. Al respecto conviene tener presente que existen dos formas de ejecutar lo ordenado en una sentencia: la ejecución directa (o ejecución por subrogación) y la ejecución indirecta. Mediante la ejecución directa, el órgano jurisdiccional requiere el cumplimiento de la sentencia y, en caso de incumplimiento, sustituye al demandado en la realización de la prestación incumplida. Sin embargo, en algunos casos –como los procesos de amparo– resulta indispensable que el mismo demandado realice en sus propios términos la prestación ordenada en la sentencia.

227

Ante la renuencia del demandado, resultan necesarios los mecanismos de ejecución indirecta. Mediante estos el órgano jurisdiccional no sustituye al demandado en el cumplimiento de la sentencia, sino que «ejerce actos de presión psicológico-material (como multas compulsivas o prisión civil) para que la parte sometida concrete las actividades necesarias para acabar con el estado de insatisfacción del demandante»⁶. Estos actos reciben el nombre de *medidas coercitivas*.

Acerca de la exigencia de que la sentencia estimatoria del amparo sea actuada en sus propios términos, los autores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional han explicado lo siguiente:

Un primer dato a ser considerado en esta materia, es que se opta por el cumplimiento específico de la sentencia, es decir, que esta debe eje-

⁶ MONROY PALACIOS, Juan. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 286.

cutarse en los términos en que ha sido declarado el derecho del demandante y no con criterios sustitutivos. Anteriormente anunciamos el carácter trascendente que tienen los derechos constitucionales en el espectro de los derechos materiales. Esta posición se concreta en el hecho que la ejecución de una sentencia constitucional prevalece sobre una eventual ejecución en un proceso ordinario. [...].

A efectos de que la sentencia se cumpla en sus propios términos, como anunciamos en el párrafo anterior, se le concede al juez el uso de instrumentos más agudos y contundentes para el fin deseado. El juez podrá por ejemplo, establecer multas fijas y acumulativas al responsable hasta que se cumpla con su mandato; también podrá disponer la destitución del responsable que se niegue a cumplir la sentencia.⁷

Respecto de las medidas coercitivas, el Tribunal Constitucional (sentencia del Expediente 4119-2005-PA/TC) sostuvo que, ante el incumplimiento de estas sentencias de los procesos constitucionales de protección de derechos (entre ellos, el amparo), la imposición de multas fijas y acumulativas y la destitución del responsable de la afectación de los derechos fundamentales son herramientas suficientemente persuasivas para obtener la ejecución de la sentencia, «pero no pueden ser usadas discrecionalmente, sino que corresponde que la autoridad competente, en cada caso, cumpla con motivar y sustentar en forma adecuada sus decisiones, esto es, hacer mínimamente referencia a los requerimientos hechos así como a los apremios dispuestos». Además, afirmó que las medidas coercitivas pueden ser adoptadas «siempre que no conlleven la afectación de los derechos fundamentales de los demandados o emplazados», y que las medidas expresamente previstas en el Código Procesal Constitucional «son las únicas legalmente aplicables a las partes». Sin embargo, precisó que el juez constitucional puede adoptar cualquier medida «que no implique la afectación de

⁷ AA. VV. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 48.

tales derechos», y que puede consistir en disponer «la publicación en el diario oficial El Peruano, o en el encargado de las notificaciones y avisos judiciales de la localidad o el de mayor circulación, de extractos de la sentencia emitida, que permitan conocer el acto lesivo, el autor del mismo y el resultado del proceso» e, igualmente, en ordenar «que se publique la sentencia o parte de ella, en forma visible, en las dependencias públicas de la localidad que se señalen, por el plazo que considere pertinente».

4. La medida coercitiva de detención

En la sentencia del Expediente 01152-2010-PA/TC, fundamento 20, el Tribunal Constitucional afirmó que era válido emplear, en protección urgente de los derechos, la medida coercitiva de detención personal –prevista expresamente no el Código Procesal Constitucional sino en el artículo 53 del Código Procesal Civil– en los siguientes términos:

229

No obstante lo expuesto este Colegiado, a colación de las incidencias ocurridas en el presente proceso de hábeas corpus subyacente considera in abstracto, que las medidas de detención personal dictadas con el único fin de ejecutar una resolución judicial recaída en un proceso constitucional (principal o cautelar) en el que versen o se discutan derechos constitucionales de importancia vital para la persona, resultan ser una medida constitucionalmente legítima que debe ser evaluada en el caso concreto e inspirada en la intención de obtener una protección urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. De modo tal que inclusive en sede constitucional tal medida puede ser dictada por los órganos judiciales. Y es que si bien tal medida está recogida en el Código Procesal Civil (artículo 53), cuerpo procesal que regula la tramitación de asuntos eminentemente patrimoniales, nada impide que tal dispositivo sea incorporado supletoriamente –vía interpretación– al Código Procesal Constitucional y posteriormente aplicado a los procesos constitucionales, máxime si se tiene en cuenta que en sede constitucional se protegen y reivindican derechos fundamentales

que deben ser acatados y/o ejecutados de manera urgente e inmediata por el obligado, llevando consigo la aplicación del referido dispositivo una finalidad muy noble, cual es garantizar el ejercicio efectivo de un derecho constitucional vulnerado o amenazado.

Es conveniente recordar que el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional contemplaba como medida coercitiva a la detención del responsable. Sin embargo, en el Congreso, al momento de aprobar este Código, se eliminó esta medida que, según los autores del Anteproyecto, era la más efectiva para concretar la actuación de la sentencia constitucional:

Lamentablemente en el Congreso se eliminó la medida más efectiva para concretar la actuación de la sentencia constitucional: la detención del responsable. La tradición del *common law* tiene regulada una institución que se llama el *Contempt of Court* (desacato a la Corte); esta permite la detención de la persona que incumple el mandato judicial hasta por seis meses. Consideraciones absolutamente anacrónicas, divisiones abstractas del Derecho (se dice que la detención «solo» la puede ordenar un juez penal) y criterios garantistas a ultranza, han impedido dar un paso importante en la reivindicación de la importancia social del juez a través de la eficacia de sus fallos.⁸

Consideramos que la omisión de haber considerado en el Código Procesal Constitucional a la detención como una medida coercitiva para obtener la eficacia de una sentencia estimatoria de amparo, es un vacío que –debido a la supletoriedad prevista en el mismo código⁹– permite emplear como herramienta para obtener esa eficacia a la

⁸ AA. VV. Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dicitámenes e Índice Analítico. *Ob. cit.*, pp. 48-49.

⁹ Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración

En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias

detención regulada en el artículo 53 del Código Procesal Civil. Por lo demás, la detención no es una medida extraña a los procesos constitucionales de protección de derechos. Así, por ejemplo, el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 que regula la «acción de tutela» (nombre colombiano del amparo), permite al juez sancionar con arresto hasta de seis meses a la persona que incumpliere una orden de un juez en este proceso:

Artículo 52.- Desacato

La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que este decreto ya hubiese señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. La consulta se hará en efecto devolutivo.¹⁰

citadas, el juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

¹⁰ Este artículo fue declarado «exequible» por la Corte Constitucional (sentencias C-243 y C-92 de 1997) con excepción de la frase final: «La consulta se hará en el efecto devolutivo». Véase HENAO HIDRÓN, JAVIER. *Derecho Procesal Constitucional. Protección de los derechos constitucionales*. Bogotá: Temis, 2006, p. 217.

Amparo, Poder Judicial y Tribunal Constitucional.

Notas actuales sobre un proceso trascendente

✍ EDWIN FIGUEROA GUTARRA*

Sumario: 1. Introducción. 2. Proceso de amparo y resoluciones judiciales. 3. ¿Amparo directo como herramienta procedimental? 4. Poder Judicial ¿instancia de cierre en los procesos de la libertad? 5. La determinación del *estado de cosas inconstitucional*. Empoderamiento de los jueces. 6. Medidas cautelares y amparo. 7. Amparo y ¿precedentes vinculantes tuitivos? 8. Por una política de puentes entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. 9. Ideas a modo de conclusión.

233

1. Introducción

Los procesos de tutela de derechos fundamentales parten de una premisa sustantiva: la necesidad de rescatar, reivindicar y efectivizar la vigencia de aquellos derechos tutelados por nuestra Carta fundamental. Esta labor, sin embargo, no es sencilla, y por el contrario, deviene compleja, a veces discutible y hasta incomprensible,

* Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Sala Constitucional de Lambayeque. Profesor asociado de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente de la Universidad de San Martín de Porres, filial Chiclayo. Becario del la Agencia Española de Cooperación Internacional por su participación en los cursos *Procesos de tutela de derechos fundamentales*, Montevideo, Uruguay, 2011; *La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados*, Montevideo, 2010; y *La Constitucionalidad de las Leyes*, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de Derechos Humanos en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., Estados Unidos, 2009.

pues los niveles de protección de los derechos tutelados revelan algunas incongruencias y surge, de ese modo, la natural necesidad de consolidar mejor un esquema que responda con suficiencia al requerimiento propio de dilucidación de las controversias que atañen a los principios, valores y directrices que resguardan los derechos fundamentales. Nos referimos, en ese orden de ideas, a los temas de competencias de los procesos constitucionales y en específico, dada su magnitud, a las diversas facetas del proceso de amparo, el cual pretende precisamente dejar sin efecto, muchas veces, decisiones que inclusive ostentan la calidad de cosa juzgada de que está revestida una decisión judicial.

En principio, la *afectación natural* implica una transgresión manifiesta a un derecho fundamental y es competente el juez del amparo, en propiedad, un juez constitucional, que en el caso de la experiencia nacional, tiene asignado un rol específico. Por *afectación natural* entendemos una vulneración que parte de un acto lesivo *in genere* respecto a un derecho fundamental.

234

Sin embargo, podemos argüir las condiciones de una *afectación calificada* si nos atenemos a que el acto lesivo de un derecho fundamental, pudiera provenir precisamente de un órgano inicialmente responsable de la tutela de los derechos protegidos por la norma de normas.

Este tipo de afectación alberga en su esencia una manifiesta contradicción y es susceptible de ser definida como un *oxymoron*, es decir, una figura esencialmente contradictoria, en tanto no reviste cuando menos una lógica material que quien tenga asignada la responsabilidad de cumplir un derecho determinado, sea precisamente el trasgresor de ese derecho. Y sin embargo, un amparo contra resolución judicial es objetivamente un alegato de pedido de justicia constitucional ante la vulneración de derechos por parte de la justicia ordinaria.

En esa lógica de análisis, pretendemos recoger algunas manifestaciones procedimentales del amparo en general, y del amparo contra resoluciones judiciales, en particular, que a su vez demandan necesi-

dades de ajuste, enmienda y fortalecimiento. Nuestra experiencia de algunos años en la judicatura de los derechos fundamentales nos inducen a analizar diversas figuras generadas respecto a la evolución de este tipo de proceso, así como a sugerir, en caso del amparo calificado contra una decisión judicial, que la idea de que la competencia de conocimiento del amparo contra resoluciones judiciales, pueda merecer algunos reajustes, y sea en rigor el Tribunal Constitucional quien conozca directamente, conforme prevé el modelo español, las demandas de amparo contra resoluciones judiciales que expida la Corte Suprema. De esa forma, expresamos nuestra discrepancia con el modelo vigente peruano, en el cual un juez especializado, quien hace las veces de juez constitucional, conoce este tipo de demandas, incluso contra la Corte Suprema, integrada por jueces de la justicia ordinaria.

Adelantamos una reflexión: es un tema de niveles razonables de competencias lo que expresamos y nos persuadimos de que un alto Tribunal deba ser corregido a su vez por un alto Tribunal, produciéndose el asunto de función correctora en el nivel más calificado de revisión.

235

Esto no implica que los jueces constitucionales de grado inferior reduzcan sus competencias ni que se esfume el principio de pluralidad de instancias si hay un solo pronunciamiento del fallo de un amparo contra resolución judicial. Nótese que aludimos solo a sentencias emitidas por la Corte Suprema, no a decisiones de órganos jurisdiccionales de menor nivel, casos en los cuales sí debe conservarse la función de revisión bajo patrones procedimentales convencionales, respecto de los cuales hay un ejercicio formal del recurso de apelación en tanto función saneadora y nomofiláctica del proceso.

Extendemos nuestro análisis a otras facetas de los procesos de amparo, fundamentalmente temas de actualidad, poniendo énfasis en la dimensión procesal del amparo y en los diversos criterios procedimentales generados a propósito de esta garantía constitucional, para

concluir en una premisa relevante: el diálogo a nivel de cortes de la más alta representatividad, es una exigencia necesaria, y como tal demanda tender puentes entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial.

2. Proceso de amparo y resoluciones judiciales

El proceso de amparo ha sido diseñado en los ordenamientos constitucionales como un mecanismo de naturaleza residual, extraordinaria y sumaria. Revisa, desde la perspectiva de la justicia constitucional, diversos tipos de afectaciones; mas entre ellas, una llama de modo especial nuestra atención, pues el amparo contra resolución judicial precisamente busca romper un principio natural y consustancial respecto a una decisión firme: la cosa juzgada.

La cosa juzgada denota condiciones especiales de eficacia. No existe medio impugnatorio regular contra la misma ni puede volver a examinarse lo decidido en rango final en un proceso. Estos supuestos son válidos en el ámbito de la denominada justicia ordinaria, la cual se circunscribe a los canales de discusión que representan los órganos jurisdiccionales en sus diversas instancias.

236

Sin embargo, el modelo procesal en nuestro país ha abordado, con singular perspectiva, la cuestión de que una decisión judicial firme sea susceptible de impugnación ante la justicia constitucional, y es aquí donde se produce un fenómeno singular de competencias, pues el primer mecanismo de examen de un amparo contra resolución judicial es el juez constitucional de primera instancia, el cual está representado por un juez civil, quien en adición a sus funciones regulares de la propia especialidad civil, tiene competencia constitucional.

Notemos en esto último algo relevante: ese juez civil, por excelencia un juez de la justicia ordinaria, al conocer un proceso de amparo, se convierte en un juez constitucional y por lo tanto, está en la capacidad de conocer una decisión en última instancia, como lo es un fallo de la Corte Suprema, esto es, una expresión de la justicia ordinaria.

Aquí notamos una primera incongruencia. Ese juez civil es un juez ordinario pero si revisa un fallo de la Corte Suprema, goza de la capacidad correctiva necesaria, y por lo tanto, está premunido de atribuciones constitucionales. Y no obstante ello, no deja de ser un juez que para otros tipos de causas sometidas a su conocimiento, sigue siendo un juez ordinario. Por lo tanto, existe una naturaleza bifronte de ese juez pues es ordinario y constitucional, según los temas que conozca en el ejercicio regular de sus funciones.

Podemos recurrir al argumento de que todos los jueces son constitucionales y que al conocer cualquier causa, antes son jueces constitucionales y luego jueces de la jurisdicción que les reconoce competencias.

Sin embargo, este último razonamiento es incompleto y adolece de rigurosidad. Es cierto que todos los jueces *prima facie* son constitucionales desde la perspectiva de defender el Estado de derecho y los derechos fundamentales por sobre otras leyes y disciplinas, pero diferenciamos el concepto de competencias específicas bajo el aserto de que aun cuando todos los jueces tienen jurisdicción, no todos gozan de competencia. Esta última es una habilitación especial según la materia que el juez ha de conocer.

237

La experiencia del modelo peruano ha querido afianzar una importante consolidación de las competencias en la medida de la específica categoría de jueces constitucionales con capacidad de resolver controversias en materia de tutela de jurisdicción de la libertad. Así, el juez constitucional en Perú¹ conoce, a dedicación exclusiva, las materias de amparo, hábeas data y cumplimiento. A su vez, la sala superior conoce, en vía de apelación, estas mismas materias². Finalmente, tiene compe-

¹ El distrito judicial de Lima presenta la expresión de juzgados constitucionales, algunos de ellos con jueces constitucionales titulares. El proceso de hábeas corpus es de competencia de un juez penal.

² El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de Perú varió este esquema en diciembre de 2014, esperamos en forma temporal, al desactivar algunos órganos constitucionales, para

tencia, en última instancia, el Tribunal Constitucional para dilucidar en forma final este tipo de controversias. Por tanto, el esquema del Código Procesal Constitucional peruano va más allá de la noción de una simple calidad de juez constitucional³ para conferir una competencia específica desde la Constitución, en rigor, una competencia especializada que incluso establece la prevalencia de las sentencias constitucionales sobre las de la justicia ordinaria⁴.

De otro lado, la exigencia de jueces constitucionales a dedicación exclusiva se justifica en la especial situación de una perspectiva de juridicidad y moralidad de los derechos fundamentales.

Observemos que la visión de juridicidad queda denotada, con mayor prevalencia y aunque esto no es una regla exclusiva, en los ámbitos de la justicia ordinaria. El juez penal tendrá necesidad, por ejemplo, de resolver una controversia relativa a un mandato de detención justificado, desde la perspectiva propia del Derecho Procesal Penal y de los instrumentos sustantivos y adjetivos que al efecto sean concurrentes. Nos referimos aquí a un ámbito de *derechos con justificación legal*, noción que nos es útil para construir una cuestión de juridicidad.

238

En el ámbito de la justicia constitucional, concurren, en adición a la cuestión de juridicidad, *derechos con justificación moral*, es decir, se comienza a trabajar la compleja tesis de principios, valores y directrices, y en especial nos referimos a una perspectiva de moralidad, aspecto que

atender carga procesal en otras materias. Por ejemplo, el juzgado constitucional de Ayacucho conocía procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, del mismo modo la Sala Constitucional de Lambayeque.

³ Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 249-268.

⁴ Artículo 22. Actuación de Sentencias

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad [...].

requiere una visión más humanista de los derechos fundamentales y que demanda un especial sentimiento constitucional⁵ para determinar las conductas que representen excesos de los poderes públicos, y por extensión, de agresiones en la eficacia *inter privatos* de los derechos afectados, que requieran a su vez la reparación de las vulneraciones manifiestas, ostensibles y graves a los derechos tutelados por nuestra *Norma Normarum*.

Lo afirmado *supra* nos permite entrar con mayores argumentos al espacio de una segunda incongruencia. Es necesario construir un sistema acorde con las exigencias sustantivas y procedimentales de una justicia constitucional eficaz, material y tangible, y no semántica⁶, es decir, cuando queda privada de su esencia y solo es nominal. Por ello, es importante reafirmar la exigencia de jueces constitucionales a dedicación exclusiva y no simplemente delegar en los jueces civiles del ordenamiento que, en adición a sus funciones, también conozcan procesos constitucionales.

239

Podremos ciertamente advertir la suficiencia de un juez civil para conocer la materia constitucional. En verdad esta es, también, una alternativa que goza de razonabilidad, y sin embargo, observemos que el Derecho en conjunto tiende hacia la especialización: se apunta en Perú a la existencia de jueces de tránsito, los jueces de flagrancia son ya una expresión tangible, los jueces con subespecialidad comercial igualmente destacan por su versación en esta materia, y ya los jueces con especialidad tributaria son una realidad. Entonces, con mayor razón debe existir una especialidad constitucional que permita la calificación especial que involucra atender controversias que atañan a derechos fundamentales.

La herramienta procesal la prevé ya el Código Procesal Constitucional⁷. Constituye, por tanto, tarea de la Administración su impulso

⁵ LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Reus, 1985. p. XIV.

⁶ LOEWENSTEIN, Karl, *teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976, p. 213-214.

⁷ Código Procesal Constitucional. Tercera disposición final. Jueces especializados. Los procesos de competencia del Poder Judicial a que se refiere el presente Código se iniciarán

efectivo a través de los órganos de gobierno del Poder Judicial, y no, por cierto, la desactivación de órganos constitucionales, plasmación que constituye, antes, una incidencia en contrario, y es propio, de una tendencia a la regresividad en el desarrollo de los derechos fundamentales del Estado constitucional.

Esta afirmación nos permite inferir una tercera incongruencia que aborda, en modo principal, este estudio, y es el conocimiento de las decisiones que expida la Corte Suprema en el marco de sus competencias, algunas veces en vía de casación y otras en sede de instancia, respecto a lo resuelto por las instancias inferiores del Poder Judicial.

No encontramos congruente —somos rigurosos en esta afirmación—, que un juez constitucional de primer grado, o primera instancia, como se le suele denominar, sea quien revise lo decidido por el más alto nivel en la impartición de justicia ordinaria y ello, en propiedad, se traduce en la necesidad de rigor, así lo enfatizamos, de que exista un canal de impugnación más acorde con el nivel de la Corte Suprema, en la instancia natural que representa el Tribunal Constitucional. Se trata de altos tribunales y es propio, en una regla de razonamiento lógico evidente, que una alta corte revise lo determinado por otra alta corte.

Si nos inclinamos por la prevalencia de interpretaciones y concordamos que ése es el mecanismo que debe definir finalmente una controversia iusfundamental, reviste mucha mayor rigurosidad procedimental y material que sea el Tribunal Constitucional quien pueda ejercer función correctora respecto de lo decidido por la Corte Suprema, y no un juez especializado que haga las veces de juez constitucional, para someter a revisión lo decidido por el más alto tribunal en justicia ordinaria.

ante los jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos, con la sola excepción del proceso de hábeas corpus que podrá iniciarse ante cualquier juez penal.

Más aún, el sistema nacional de manejo de estas controversias revela una complicación adicional: si la sentencia de segunda instancia en esta controversia sobre derechos fundamentales, es estimatoria, es decir, se ampara la pretensión y por tanto se declara fundada la demanda, en propiedad la discusión procesal concluye, esto es, no existe mecanismo impugnatorio regular⁸ contra las sentencias estimatorias de segunda instancia en sede constitucional. Por consiguiente, una sala superior, es decir, de segunda instancia, corregiría en forma final y de cierre, una decisión de la propia Corte Suprema.

Esta última afirmación no es menor: el proceso constitucional concluye en el Perú cuando hay sentencia estimatoria de segunda instancia y contra ella solo procede el proceso de amparo contra amparo, un mecanismo de suyo excepcional cuya procedencia es en estricto *clausus*, es decir, queda sujeta su procedencia a un muy reducido número de causales.

Por tanto, sí puede una sala superior en materia constitucional concluir un proceso contra lo resuelto en la Corte Suprema y esta cuestión, como está concebida en nuestro ordenamiento jurídico, nos pone en el rol de que jueces de un rango inferior, corrigen a jueces de un rango superior, si nos atenemos a la regla de que son jueces de la justicia ordinaria en el sentido de una regla regular, y son jueces de la justicia constitucional, quienes hacen función correctora, bajo la premisa de una regla excepcional.

241

Nuestra propuesta, entonces, asume rigurosidad procesal y material. Procesal por cuanto las vías impugnatorias propias respecto a una pretensión, deben seguir los canales de mayor jerarquía funcional entre tribunales, y no es el mejor mecanismo procedimental que se recurra a un juez de primera instancia en lo constitucional para impugnar una decisión de la Corte Suprema, actuando en sede ordinaria.

⁸ Habida excepción del amparo contra amparo. *Vid.* STC 4853-2004, caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, fundamentos 39-41.

Y material, por cuanto las decisiones de fondo deben igualmente mostrar rigurosidad sustantiva frente a quienes impugnan y asumen la expectativa de una decisión de mayor bagaje funcional. Un juez constitucional de primer grado bien puede aplicar función correctora respecto a aquello que decida la Corte Suprema mas en términos de fondo, es un alto Tribunal quien puede corregir, con más propiedad, a otro alto Tribunal.

3. ¿Amparo directo como herramienta procedimental?

Un estudio de relevancia en las materias de competencia respecto al amparo⁹ despertó nuestro interés por la propuesta que en propiedad representaba. El magistrado Urviola Hani propuso la singular tesis de que debido a la excesiva demora del Poder Judicial en resolver materias realmente urgentes como los amparos, justificaría que vía un amparo directo, pueda resolver el Tribunal Constitucional directamente los amparos en sede nacional.

242

Al margen de las implicancias de modificaciones constitucionales que esta propuesta representa, la cual parte de una natural preocupación por hacer más célere el proceso de amparo, debemos advertir una consecuencia de forma que puede dificultar seriamente la propuesta: ¿representaría ese pronunciamiento del Tribunal una decisión en instancia única?

La preocupación racional a este respecto residiría en que no se realizaría el principio de pluralidad de instancias, pues si el Tribunal resuelve en amparo directo, ¿cuál sería el mecanismo de impugnación frente a una decisión estimatoria del Tribunal Constitucional? Advertiríamos que ello no tendría lugar en los términos de una revisión superior de la decisión denegatoria.

⁹ URVIOLA HANI, Óscar. «El amparo directo», en *Jurídica*, N° 408, 22 de mayo de 2012, pp. 4-5.

De otro lado, debemos observar que la solución planteada puede devenir más compleja que la propuesta misma, en tanto ya no existiría la labor de filtro previo¹⁰ que las instancias judiciales en sí representan antes de que una causa llegue a conocimiento del Tribunal Constitucional.

Puntualicemos este aspecto: sin una rigurosidad de examen del Poder Judicial, a través de sus órganos jurisdiccionales de rango inicial –jueces especializados y salas superiores– el Tribunal asumiría toda la carga existente y ello más bien podría implicar una congestión de causas, lo que en buena cuenta generaría como resultado que la celeridad propuesta no sea tal.

Lo que sí es propio reexaminar en nuestro sistema procesal es que exista una menor posibilidad de las pretensiones de acceder a las instancias más altas de la impartición de justicia. Nos explicamos: si se cumple con el principio de pluralidad de instancias en dos órganos jurisdiccionales –juez de fallo y juez de revisión– ya no es exigible que una tercera instancia revise lo resuelto por las instancias inferiores.

243

Demandará esfuerzos del legislador, entonces, definir mejor el nivel de acceso de las causas a las más altas instancias de impartición de justicia ordinaria, pues de no preverse mecanismos adecuados para una reducción de la carga procesal, nos hemos de ver enfrentados a acudir a la salida, poco convencional en términos de razonabilidad pero sí usual en un rango de racionalidad insuficiente, de crear más órganos jurisdiccionales.

La salida debe ser expuesta en términos más directos aún: o procedemos a ordenar mecanismos idóneos para enfrentar la carga procesal, sustantivos en términos de poder lograr resultados auspiciosos para

¹⁰ Regularmente solo las decisiones denegatorias suben al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Son excepciones las materias de narcotráfico, lavado de activos y terrorismo, casos en los cuales, a pesar de que haya decisión estimatoria, el proceso puede llegar a ser conocido por el Tribunal. *Vid.* STC 01711-2014-PHC/TC, caso Víctor Polay.

la reducción de la carga procesal en materia ordinaria, o nos circunscribimos a la sola creación de más órganos jurisdiccionales.

Al respecto, la materia constitucional en nuestro país, en términos de cierre de pretensiones, presenta una regla razonable: si la sentencia de segunda instancia es estimatoria, es decir, resulta fundada la demanda, ya concluyó el debate procesal y por tanto no es propio recurrir ante un órgano de más alto nivel, salvo la excepcional vía del amparo contra amparo y los supuestos de la STC 01711-2014-PHC/TC.

A nivel de la justicia ordinaria, sí existe este preocupante conflicto pues bajo determinadas condiciones, muchos procesos sí pueden llegar a la Corte Suprema, creando un efecto de congestión preocupante que exige medidas necesarias, extraordinarias y residuales¹¹.

Para muestra de ello, observemos que nuestra Corte Suprema tiene tres salas titulares pero dada la carga procesal, en adición a ella, existen cuatro salas transitorias, situación que responde a la cantidad de procesos ingresados a la más alta Corte de impartición de justicia en el país.

244

El amparo directo nos trae a colación este debate en relación a la carga procesal, proponiendo medidas que pueden resultar *prima facie* atractivas y que, sin embargo, demandan una tarea mucho más exigente de planificación de las competencias procesales en las materias respectivas.

A juicio nuestro, el esquema vigente es el más adecuado pues respeta el principio de pluralidad de instancias y si se refiere a afectaciones provenientes de actos *inter privados*, o convencionales, debe mantener su esquema procedimental.

¹¹ La Corte Suprema de Perú resolvió en 2014 un total de 19 756 procesos. Disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_estadistica/as_servicios/as_estadisticas/as_2013/>, revisada el 14 de diciembre de 2015.

4. Poder Judicial ¿instancia de cierre en los procesos de la libertad?

Una noción que a su vez merece un examen de rigor es la idea de que el Poder Judicial pueda dedicarse a ser instancia final y única, sin competencia ya del Tribunal Constitucional, en los procesos de la libertad –hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento– en tanto que el Tribunal Constitucional se orientaría a lo suyo en materia de control normativo y competencial, en relación a los procesos de inconstitucionalidad y competencial propiamente dichos.

La propuesta nace de diversos debates académicos, entre ellos el alcance de esas relaciones de coordinación, jerarquía e interdependencia entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional a las cuales se refiere Landa Arroyo¹², así como la reflexión que parte de que si fija el Tribunal Constitucional la última palabra en materia de interpretación constitucional¹³, entonces debemos preguntarnos por el alcance de las competencias de estos poderes constituidos.

245

Una tesis a este respecto es que sea el Poder Judicial instancia de cierre, final y única, de los procesos de la libertad, a efectos de que pueda el Tribunal Constitucional dedicarse a lo suyo, cual es ejercer el control concentrado a nivel de los procesos de inconstitucionalidad y competencial. Más aún, reforzaría la idea que precisamente, desde una vertiente histórica, nace el control concentrado con la propuesta de Hans Kelsen, propulsor del Tribunal Constitucional de Austria de 1919, para que sea un órgano ajeno al Poder Judicial el verdadero garante jurisdiccional de la Constitución.

¹² LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional*. Disponible en: <http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf>, revisada el 15 de diciembre de 2015.

¹³ PÉREZ TREMP, Pablo. *Escritos sobre justicia constitucional*. Instituto Mexicano de Derecho Procesal. México: Porrúa, 2005. p. 59. En LANDA ARROYO, César. *Op. cit.*

En el esquema propuesto, el Poder Judicial conocería, asumimos sea ése el esquema de la idea, los procesos constitucionales de la libertad en primera y segunda instancia, y bajo esa tendencia, concluirían estos procesos solo en el Poder Judicial, sin que exista recurso de agravio constitucional ante el supremo intérprete de la Constitución.

A su turno, el Tribunal Constitucional seguiría siendo instancia única, como hasta ahora, en los procesos de inconstitucionalidad y competencial. Recobraría así su esencia histórica de órgano contralor ajeno al Poder Judicial, con lo cual su independencia quedaría garantizada.

La propuesta en debate, impulsada en algún momento por Ernesto Álvarez Miranda, Presidente del Tribunal Constitucional en 2012, encuentra fortalezas efectivamente en una visión histórica de los procesos constitucionales y es de suyo compatible con un esquema vertical de resolución de controversias iusfundamentales y de supremacía normativa de la Carta Fundamental.

246

Sin embargo, queda de lado un importante elemento: la evolución material de los procesos constitucionales. La visión histórica de los procesos constitucionales se ve hoy complementada con una importante evolución de estándares materiales, a tal punto que las diferencias entre control difuso y control concentrado cada vez son más tenues.

Nos explicamos. Hoy los jueces del Poder Judicial también defienden la primacía de la Constitución a través del test de proporcionalidad cuando una ley es contraria a los principios, valores y directrices que alberga nuestra Carta Fundamental, y por tanto, inaplican normas. Y de otro lado, el propio Tribunal Constitucional no se exime de dirimir, constantemente, sobre los derechos fundamentales en los procesos de inconstitucionalidad sometidos a su conocimiento, con lo cual las diferencias alegadas entre ambas formas de control cada vez son menos rigurosas, o propuesto de otro modo, se vuelven más tenues las alegadas diferencias entre ambos modelos de control constitucional.

Por tanto, dicha evolución material de los procesos constitucionales ha enriquecido, con creces, una visión más amplia de los procesos tanto de libertad como de control normativo y las diferencias de función son hoy simplemente de grado de conocimiento, sin que concurren diferencias ostensibles salvo en el aspecto específicamente de competencias.

Por otro lado, si bien el Poder Judicial ha desarrollado competencias para una mejor dilucidación en materia constitucional, la cuestión a debatir es: ¿tiene el grado suficiente de legitimación funcional¹⁴ para esa tarea?

Consideramos que sí y sin embargo, esta misma respuesta es aún insuficiente pues el Tribunal Constitucional, esbochemos esto en forma directa, solo está sujeto a un eventual control constitucional por parte del Congreso, en tanto que los jueces del Poder Judicial, aún haciendo control constitucional, son sujetos de fiscalización ante diversas instancias como el Órgano de Control de la Magistratura, respecto a responsabilidad funcional; el Consejo Nacional de la Magistratura, ante eventuales destituciones respecto de labores regulares; Ministerio Público, si una conducta constituye delito; y justicia civil ordinaria, de corresponder indemnizaciones por acciones de responsabilidad civil o acciones de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

247

Ahora bien, no proponemos una fórmula inadecuada respecto a que a mayores sistemas de control, menor independencia del juzgador. Esto no sería correcto como premisa y sin embargo, en ese razonamiento no podemos descartar que el activismo judicial de los juzgadores del Poder Judicial, debe verse sometido, con cierta regularidad, a una regla

¹⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina*. Ponencia presentada al Seminario de *Derecho Procesal Constitucional* realizado en Quito en el Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador, los días 25 a 27 de octubre de 2004. p. 4.

de auto restricción o *self restraint*¹⁵, que es más manifiesta en el caso de los jueces, dada la existencia de los medios de fiscalización.

El Tribunal Constitucional está en mejor posición para fijar incluso precedentes vinculantes con efectos *erga omnes*, o incluso sentencias interpretativas que vinculan a todos los poderes públicos y por ende, existe un posicionamiento más directo para una interpretación constitucional de parámetros correctores extensivos o restrictivos.

Dados estos escenarios, creemos que se ajusta a nuestro sistema vigente el modelo actual en el cual el Poder Judicial hace una labor de filtro previo de las causas constitucionales y es el Tribunal Constitucional quien conoce en última instancia dichos procesos iusfundamentales.

5. La determinación del *estado de cosas inconstitucional*. Empoderamiento de los jueces

248

Una posibilidad concreta del crecimiento en términos sustantivos de empoderamiento de los jueces se puede materializar a través del *estado de cosas inconstitucional*. La mecánica de esta figura implica, en términos pragmáticos y en una definición que concordamos con posiciones que más adelante describimos, que quien resulte afectado en un derecho fundamental respecto al cual el Tribunal Constitucional hubiera declarado un *estado de cosas inconstitucional* (en un caso previo), puede apersonarse a la ejecución del caso anterior, a fin de ejercitar el derecho que tutela previamente el estado de cosas inconstitucional antes declarado.

Podemos plantear algunas interrogantes al respecto: ¿Cómo podría apersonarse alguien a ejecutar un derecho si no ha sido parte en ese juicio? ¿Y el derecho de defensa? ¿Y el derecho al contradictorio? ¿Y el debido proceso? Ciertamente se trataría de derechos afectados pero en el margen de ponderación que se permite entre derechos fundamenta-

¹⁵ CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima: Grijley, Lima, 2009. p. 57.

les, apreciamos que se tutela bienes que, a su turno, en el caso específico, pesan más, como lo son la tutela de urgencia, la pronta reparación de una vulneración iusfundamental y la necesidad de que frente a una afectación, exista una reparación no mediata sino celerе.

La figura en comento partió de una decisión de la Corte Constitucional de Colombia¹⁶, y consideramos su vinculación muy estrecha con la doctrina alemana de la autonomía procesal de la jurisdicción constitucional (*Verfahrensaautonomie*¹⁷), –cuyo tratamiento ha sido prolijo en sede nacional por César Landa¹⁸– y que, a grandes rasgos, identifica la característica de modular los efectos procesales en las acciones constitucionales si estas protegen derechos fundamentales con necesidades de tutela urgente.

Desde esa perspectiva, el *estado de cosas inconstitucional* reprueba una manifiesta vulneración a los derechos fundamentales y permite una reacción de mayor entidad de la jurisdicción constitucional, en algunos casos superando las formas del proceso, para precisamente buscar una pronta reparación frente a una agresión ostensible a un derecho fundamental.

249

En otro ámbito de examen, cabe acotar que la jurisprudencia constitucional ha ofrecido distintas variantes interpretativas de su ejercicio en aras de construir conceptos que busquen consolidar una perspectiva de predictibilidad, elemento necesario para afianzar la resolución urgente de controversias en sede constitucional. ¿Por qué? Por la importancia y necesidad de formación de estándares para la dilucidación de los contenidos de los principios en sede iusfundamental,

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de Unificación N° 559/1997.

¹⁷ RODRÍGUEZ PATRON, Patricia. *La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su Derecho Procesal*. Revista Española de Derecho Constitucional, N° 21. N° 62, mayo-agosto, 2001.

¹⁸ LANDA ARROYO, César. *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional. La experiencia del Perú*. Revista Ipso Jure, N° 9, mayo 2010. Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

más aun cuando su calidad de mandatos de optimización exige una definición progresiva de argumentos axiológicos estandarizados, que es en esencia el desarrollo actual del derecho constitucional. A estándares mejor definidos, mayor posibilidad de una justicia constitucional predecible. A pautas mejor construidas de los casos en examen, mayor legitimidad de los jueces constitucionales.

El estado de cosas inconstitucional fue abordado en sede nacional en la STC 2579-2003-HD/TC¹⁹ y ha sido asumida como una «técnica (que) comporta que [...] 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 repercute en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración».

250

La causa a la que aludimos con sentencia estimatoria, se refiere al proceso interpuesto por Julia Arellano Serquén en relación a la negativa del Consejo Nacional de la Magistratura de entregarle información estimada pública respecto a su proceso de ratificación como juez superior en Lambayeque, Perú.

El Consejo alegaba que su Ley Orgánica señalaba que la información solicitada tenía carácter de reservada y sin embargo, el desarrollo del proceso de ratificación había sido esencialmente público. Por lo tanto, la documentación generada, en especial el acta del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, sobre el cual el Poder Judicial desestimó la entrega solicitada, era esencialmente un instrumento público y su entrega correspondía, dada la naturaleza de

¹⁹ STC 2579-2003-HD/TC, caso Julia Arellano, «19. [...] dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del “estado de cosas inconstitucionales” que, en su momento, implementara la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de Unificación 559/1997».

información pública, desde la perspectiva constitucional. El Tribunal ordenó la entrega de información solicitada y declaró como estado de cosas inconstitucional la renuencia de entrega del tipo de información aludida.

En relación al caso expuesto, nos persuadimos de la idea relevante de que a través del estado de cosas inconstitucional, pueda constituirse un efecto erga omnes, es decir, de alcance general, no obstante nacer como un caso inter partes al ser incoada la demanda. De ese modo, la sentencia constitucional logar alcances, también, para aquellas personas afectadas no partes en el proceso, e igualmente afectadas por el estado de cosas inconstitucional.

La cuestión que aludimos es relevante: si una persona es afectada en su derecho y el Tribunal declara el estado de cosas inconstitucional por una vulneración manifiesta de un derecho fundamental, otra persona, en esa misma situación, puede apersonarse a ese mismo proceso, aún sin ser parte en el mismo, y dado el estado de cosas inconstitucional declarado, solicitar la ejecución del fallo, también a su favor mas respecto a su derecho, también trasgredido en modo similar al del primer afectado.

251

La aplicación práctica de esta figura es de por sí extensiva, ¿qué pasaría si respecto del derecho de un pensionista se declara un estado de cosas inconstitucional por no cumplirse el pago de su pensión, al interior de un proceso pensionario constitucional, en las condiciones que fija el estado de cosas inconstitucional? Con certeza, cientos de pensionistas, quizá miles, podrían acudir a ese primer proceso, sin necesidad de iniciar un nuevo juicio, tan solo para reclamar la ejecución de su derecho.

En propiedad, admitiríamos que se afecta el debido proceso, el derecho de contradicción y el derecho a ser oído, entre otros derechos, y sin embargo, la vulneración de esos derechos no es grave, dada la prevalencia de un estado de cosas inconstitucional declarado.

Consideramos que si esta figura se empleara de forma intensa en nuestra jurisprudencia constitucional y más aún, en la ordinaria, se constituiría en herramienta protagónica para disminuir la carga procesal, y para reducir ostensiblemente las horas-persona dedicadas a resolver numerosos conflictos constitucionales y ordinarios de naturaleza similar. ¿Es solo cuestión de decisión?

El Tribunal Constitucional ha fijado lineamientos de campo iniciales²⁰ pero aún corresponde estructurar procedimentalmente la figura y afianzar su nivel de vinculatoriedad a efectos de que representen mecanismos efectivos de aplicación por parte de los jueces constitucionales. Los beneficios, calculamos, serían enormes.

Los criterios de esta figura han sido desarrollados en dos pronunciamientos relevantes posteriores: el primero, la STC 05561-2007-PA/TC²¹, caso ONP, decisión que extiende el estado de cosas inconstitucio-

²⁰ STC 05561-2007-PA/TC, caso Oficina de Normalización Previsional. Decisorio.

«2. Declarar, como un Estado de Cosas Inconstitucional, la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes de este Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra [...]».

²¹ Las partes más relevantes del fallo 05561-2007-PA/TC son: «38. [...] se ha dejado establecido en el Expediente 2579-2003-HD/TC, que mediante la declaración de Estado de Cosas Inconstitucional [...] 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. [...] 40. En tal sentido, la declaración de un Estado de Cosas Inconstitucional, con relación a la contratación de estudios de abogados, y en general de profesionales encargados de la defensa de los intereses de la ONP mediante procesos judiciales, debe merecer una reestructuración integral, conforme a los considerandos de esta sentencia, a fin de impedir que en el futuro se vuelvan a presentar demandas con él único ánimo de dilatar la atención de los derechos de los pensionistas, sobre todo cuando respecto de tales derechos exista un criterio jurisprudencial establecido e inequívoco sobre la materia, ya sea de parte del Poder Judicial o de este colegiado».

nal a la actuación de abogados, sentando jurisprudencialmente una valiosa referencia a cómo se debe conducir la defensa en materia previsional.

En efecto, si la participación de los letrados no es acorde con los deberes éticos que la defensa impone, entonces se produce una actuación irrazonable ante los órganos jurisdiccionales: excesivo uso de recursos dilatorios, abuso de la posición de no pago de aranceles, actitud obstruccionista respecto de procesos que al abordar temas previsionales precisamente de orden constitucional, deberían de suyo implicar un medio de respuesta más célere acorde con la tutela de urgencia que este tipo de casos demandan.

En la misma ruta de análisis, y como segundo caso, la STC 3426-2008-PHC/TC,²² caso Pedro Marroquín, plantea que el Estado

El decisorio se expresa en la siguiente forma:

«1. Declarar, como un Estado de Cosas Inconstitucional, la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes de este Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra; en consecuencia:

a) ORDENA a las instancias judiciales que tienen en curso procesos en los que la pretensión esté referida al pago de intereses o devengados como consecuencia de la actuación renuente y unilateral de la ONP, apliquen los criterios jurisprudenciales de este Colegiado, dando por concluidos los procesos judiciales relacionados a reclamos de los pensionistas e imponiendo las medidas disciplinarias a que hubiera lugar a los abogados patrocinantes.

b) ORDENA a la ONP para que en los próximos 3 días posteriores a la publicación de la presente sentencia, se allane o se desista de toda demanda constitucional que tuviera en curso y en el que la única pretensión esté referida a la misma materia de la presente demanda, bajo apercibimiento para el titular del pliego de incidir en desacato a la autoridad judicial».

²² A su turno, el fundamento 32 de la STC 03426-2008-PHC/TC señala:

«[...] teniendo en cuenta los efectos generales de la sentencia en la que se declara el estado de cosas inconstitucional, este Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que cualquier persona o personas que se encuentren en las mismas circunstancias a las descritas en esta sentencia, esto es, que sufran agravio por el mismo o similares actos lesivos, podrán acogerse a los efectos de la presente sentencia o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal, no siendo necesaria la interposición de nueva demanda de hábeas corpus.» Y es que, tal como ha señalado este colegiado: «La expansión de los efectos de una sentencia más allá de

se encuentra en la necesidad de replantear su política de salud mental. El señor Marroquín se encontraba recluido en un centro penitenciario mas dadas las cuestiones de salud mental que le aquejaban, debía ser internado en un centro de salud mental, situación que se hacía compleja dada su condición de reo.

Bajo el mismo razonamiento del *estado de cosas inconstitucional* en clave de expansión de los efectos de la sentencia, la decisión en el caso Marroquín prescribe la necesidad de replanteamiento de un adecuado tratamiento de los reos con problemas de salud mental, exigiéndose al Ministerio de Economía y Finanzas y al Poder Judicial reconducir sus políticas al respecto.

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 solo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos– vincula a todos los poderes públicos» (Exp. 3149-2004-AC/TC, fundamento 14).

El decisorio fija los siguientes alcances:

«1. Declarar FUNDADA la demanda de hábeas corpus de autos por haberse producido la violación del derecho fundamental a la salud mental y a la integridad personal; en consecuencia: i) ORDENAR al Director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho que, en el día, proceda al traslado del favorecido don Pedro Gonzalo Marroquín Soto al Hospital Víctor Larco Herrera; ii) ORDENAR al Director General del Hospital Víctor Larco Herrera para que una vez ejecutado el traslado del favorecido, proceda a su admisión, debiendo la Oficina Ejecutiva de Administración y Oficina de Logística de dicho Hospital superar cualquier imposibilidad material, a fin de que reciba el tratamiento médico especializado.

2. Declarar, como un estado de cosas inconstitucional, la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental; en consecuencia:

a. ORDENAR al Ministerio de Economía y Finanzas para que adopte las medidas necesarias que permitan el incremento gradual del presupuesto destinado al Ministerio de Salud, y concretamente, a los centros hospitalarios de salud mental de país.

b. ORDENAR al Poder Judicial la adopción de las medidas correctivas para que todos los jueces del país emitan pronunciamiento oportuno sobre los informes médicos que les son remitidos por las autoridades de salud, que recomiendan el cese de la medida de seguridad de internación».

En el ámbito nacional, la Segunda Sala Civil del Cusco, en desarrollo de esta figura, implementó en 2010 la tesis de un *estado de cosas ilegal*²³, figura que creemos plenamente compatible con el *estado de cosas inconstitucional*, en una muestra de activismo judicial moderado y consecuente con la defensa pronta de los derechos fundamentales.

La tesis es la misma: ¿cómo combatimos el exceso de carga procesal respecto de casos sustantivamente idénticos? A través de medios procesales que observen el debido proceso como un tema angular en la impartición de justicia, mas no como un criterio absoluto, sin rango posible de la más mínima afectación. Conciliar debido proceso y tutela de urgencia de los derechos fundamentales es una tarea viable, lo creemos así, pero exige una carga argumentativa ciertamente mayor. Los insumos para ese fin en el campo de la jurisprudencia constitucional están dados, y corresponde al intérprete hacer uso de los mismos.

255

Potencialmente la figura del *estado de cosas inconstitucional* puede convertirse en una extraordinaria herramienta procesal y respecto de los jueces del Poder Judicial, así como implica un extraordinario ahorro de horas- hombre al no tener que tramitar todos los fallos bajo reglas estrictamente apegadas al modo procesal literal.

Si bien podemos apreciar en la breve glosa de esta figura su aplicación en casos de hábeas data, amparo y hábeas corpus, creemos que el lugar natural de desarrollo de esta figura de expansión de los efectos de la sentencia, tiene lugar en el ámbito del proceso de amparo, donde tenemos una regular dilucidación de un conjunto amplio de derechos fundamentales que exigen protección constitucional.

²³ Disponible en: <<http://es.scribd.com/doc/29686420/Exp-N%C2%BA-2009-00062-7-Amira-Nunez-del-Padro-Santander>>, visitada el 13 de noviembre de 2015.

Es importante que una alta corte como el Tribunal Constitucional fije los alcances de esta figura y sin embargo, si ello no ocurriere, creemos que los tribunales de revisión, como sucede con las Salas Superiores que ejercen función correctora, están en la posibilidad de determinar los alcances de esta figura, pues ello representaría un activismo prudente de defensa de los derechos fundamentales. No consideramos inviable su aplicación de esta forma y por el contrario, la exigente carga procesal del Poder Judicial demanda medios alternos, idóneos y conducentes para reducir el número de procesos.

6. Medidas cautelares y amparo

Una diferencia relevante en materia de amparo entre los efectos de la medida cautelar en la jurisdicción ordinaria y la constitucional se expresa en el contenido del artículo 16²⁴ del Código Procesal Constitucional.

256

En efecto, mientras la medida cautelar ordinaria caduca y es cancelada según el artículo 630²⁵ del Código Procesal Civil una vez producida la revocatoria de la decisión, en el caso de la medida cautelar constitucional dicha caducidad y cancelación tiene lugar una vez que haya sentencia con autoridad de cosa juzgada por parte del Tribunal Constitucional.

La distancia arriba anotada es relevante por cuanto los efectos de caducidad y cancelación son perentorios en materia procesal civil, a diferencia de una medida cautelar que tutela derechos fundamentales.

Apreciemos esto mejor en un ejemplo. Si en un proceso civil tiene lugar la dación de una medida cautelar en primera instancia y la

²⁴ Código Procesal Constitucional. Artículo 16.- Extinción de la medida cautelar

La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.[...].

²⁵ Código Procesal Civil. Artículo 630.- Cancelación de la medida

Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada.

Sala Superior Civil revoca dicha medida, se produce un pleno efecto de caducidad y cancelación de la medida.

No sucede lo mismo, en términos regulares, en materia constitucional. En este último caso, si la medida cautelar es expedida favorablemente en primera instancia y se produce una revocatoria por parte de la Sala Superior Constitucional, a pesar del efecto de revocatoria de esta última, la cancelación de la medida solo tiene lugar una vez que se pronuncie sobre el fondo del asunto el Tribunal Constitucional, presuponiendo que por cierto haya proceso vigente ante el Tribunal Constitucional.

Los conceptos de celeridad procesal y caducidad colisionan aquí con los de la vigencia de la medida cautelar que defiende derechos fundamentales. En propiedad, la única sustentación de estas diferencias reside en el carácter tutelar de la medida que protege derechos protegidos por la Constitución, y en ello reside la justificación de conservar una medida cautelar en tanto no haya pronunciamiento final por parte del Tribunal Constitucional.

257

Debemos preguntarnos, sin embargo, en base a alguna experiencia práctica en la judicatura constitucional: si la medida cautelar concedida por el juez constitucional en realidad es a todas luces irrazonable, ¿tampoco se produce el efecto de cancelación de la medida cautelar? Consideramos que la carga de la prueba de dicha irrazonabilidad le compete a la parte impugnante de la medida cautelar y como tal, está obligada a demostrar esa alegada irrazonabilidad, mas la regla general se circunscribe a que se conserve la medida hasta que haya sentencia de fondo por parte del Tribunal Constitucional.

Se rompe, una vez más, el principio de congruencia procesal en el caso referido, mas la situación deviene objetiva: el legislador previó una tutela especial respecto de derechos fundamentales protegidos por una medida cautelar en materia constitucional.

7. Amparo y ¿precedentes vinculantes tuitivos?

La construcción de precedentes vinculantes en materia constitucional ha representado sin duda un extraordinario avance y es, en los procesos de amparo, donde los mismos se han afianzado como una importante contribución a la predictibilidad de las decisiones en materia constitucional.

Bien podemos discrepar dogmáticamente con sus efectos *inter partes* iniciales y *erga omnes* finales, así como podemos distinguir si afecta o no la autonomía e independencia de los jueces, y por último, es pertinente de suyo un debate sobre la calidad de fuente normativa dentro del necesario concepto de fuentes del Derecho, y sin embargo, es necesario un análisis mucho más de tendencia en el sentido de si deben ser tuitivos, restrictivos o de ser el caso, involucrar ambas tendencias.

258

Un debate previo sobre la aparición de los derechos fundamentales –de derechos simplemente subjetivos a derechos subjetivos públicos y finalmente a derechos fundamentales– perfila la naturaleza tuitiva de estos. Su identificación mayor con el ámbito de moralidad de los derechos, antes que con el rango de juridicidad, nos refiere un importante componente axiológico que no podemos soslayar. Y en propiedad, los derechos fundamentales se insertan en el ordenamiento jurídico bajo un matiz protector, de perfil mayor hacia la tutela de urgencia, precisamente para defender estos derechos de los excesos del poder público, y en una evolución notoria de este alcance, para contener la arbitrariedad *inter privatos* en los ordenamientos constitucionales.

La evolución de estos derechos, por ende, ha sido mayoritariamente tuitiva, y creemos que ese espíritu de progresividad y no de regresividad, es una condición de ejercicio de los derechos fundamentales en cuanto tales.

Ahora bien, si aludimos a la naturaleza del precedente vinculante, de suyo hay libertad de configuración por parte del Tribunal Cons-

titucional; si un conjunto de casos en estricto requiere un pronunciamiento restrictivo, será pertinente que la argumentación de esa decisión así lo esboce.

Y sin embargo, esta particular materialización restrictiva del precedente vinculante debe, a juicio nuestro, constituir una excepción y no una regla, pues de lo contrario, se pierde un norte argumentativo del precedente, cual es su particular condición de herramienta para frenar los excesos de los poderes públicos y privados respecto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La glosa arriba citada tiene lugar respecto de la expedición de diversos precedentes vinculantes cuya naturaleza precisamente es restrictiva, en tanto dilucida el conocimiento de casos que no han de ser conocidos por el Tribunal Constitucional.

De ese modo, decisiones como la STC 0987-2014-PA/TC, caso Francisca Vásquez Romero²⁶, en referencia a la sentencia interlocutoria denegatoria, y la STC 05057-2013-PA/TC, caso Rosalía Huatuco²⁷, sobre acceso a la función pública, denotan una línea principalmente restrictiva pues restringen con énfasis el acceso de casos a la jurisdicción constitucional. En una línea más moderada pero igualmente de delimitación de competencias, la STC 02383-2013-PA/TC, caso Elgo Ríos²⁸,

²⁶ Establece la figura de la sentencia interlocutoria denegatoria, la cual implica el rechazo de la demanda ante el Tribunal, sin más trámite, cuando la pretensión:

- Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;
- La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;

- La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;

- Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

²⁷ Fija como posición interpretativa que la incorporación a la Administración Pública se realiza mediante «concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada».

²⁸ La vía ordinaria será «igualmente satisfactoria» a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de

esboza de la misma forma aquellos casos que constituyen una vía igualmente satisfactoria y por tanto, son competencia del Poder Judicial y no del Tribunal Constitucional.

Lo particular de este enfoque es que los tres precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional en poco más de un año, desde su recomposición principal, han sido de naturaleza restrictiva, todos ellos en el marco de procesos de amparo.

Ciertamente es propio reiterar que hay libertad de determinación al respecto, y ello es propio de un estado democrático y social de derecho, pero los precedentes vinculantes reclaman, con más prevalencia, un ámbito natural de protección de los derechos fundamentales, antes que de restricción de los mismos. Es tarea pues de cada Tribunal construir una línea argumentativa de protección de los derechos personalísimos tutelados por nuestra Carta Fundamental.

8. Por una política de puentes entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional

Otro redimensionamiento exigible en el amparo es la necesidad de asumir la perspectiva de que los jueces del Poder Judicial también son jueces de la Constitución. Viene esta reflexión a propósito de la denominación jurisprudencial de «jueces postizos»²⁹ que algún voto del Tribunal Constitucional recogiera en un proceso bastante conocido por su dimensión en tareas de la administración.

estos elementos:

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
- Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

²⁹ STC 006-2006-CC/TC, caso Casinos Tragamonedas. Aclaración. Voto singular magistrado Vergara Gotelli.

La noción a que aludimos partía de la idea de que los jueces del Poder Judicial eran prestados, temporalmente, a la jurisdicción constitucional, cuando se ocupaban de procesos constitucionales, para efectivamente dirimir sobre derechos fundamentales.

La idea asume por cierto una dimensión excluyente respecto a la competencia constitucional, modificando de suyo el concepto de jurisdicción constitucional. La facultad de conocer los procesos por parte de los jueces ciertamente constituye una atribución que parte de la misma Carta Fundamental³⁰, y las competencias de los mismos están asignadas por las leyes de desarrollo constitucional.

Y sin embargo, no es compatible esta tesis con las nociones de un préstamo temporal y competencias variables según la oportunidad de resolución del conflicto, sea pues en la justicia ordinaria o en su caso, constitucional.

Por el contrario, si aludimos a la cuestión histórica de formación de la jurisdicción constitucional, es pertinente señalar que la aparición del Tribunal Constitucional, como hemos sostenido *supra*, recién tiene lugar en el año 1919³¹, tras la propuesta de Hans Kelsen de la existencia de un órgano ajeno al Poder Judicial para que pudiera resolver controversias vinculadas a la propia Constitución.

Más aún, la jurisdicción constitucional encuentra sus líneas matrices precisamente en fallos judiciales mucho más antiguos: en el caso Bonham³², de 1608, el juez Edward Coke le plantea a Jacobo I la ne-

³⁰ Constitución Política 1993. Artículo 138.- Administración de Justicia
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.[...]

³¹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional*. Ponencia presentada al Congreso de «Reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional» (Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 26-28 de octubre de 2006). pp. 8-13.

³² GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado Constitucional*. Lima: Palestra, 2005, p. 518-583.

cesaria separación de funciones entre el rey y las cuestiones técnicas a cargo de jueces³³, y en el *leading case* Marbury vs. Madison, de 1803, el juez John Marshall aplica la cláusula de supremacía constitucional para establecer la necesaria figura del control constitucional de las leyes a través de la figura del control difuso.

Por lo tanto, es importante hacer esta delimitación histórica para diferenciar no en estricto una fórmula de separación sino para aspirar incluso a un objetivo mayor: la necesaria conducta de tender puentes entre una y otra institución, en este caso, Poder Judicial y Tribunal Constitucional.

Es pertinente una política de armonización de fallos y no de imposición de tendencias, es razonable una conducta de colaboración entre poderes y no de subordinación de estamentos, y en adición a ello, es exigible una política de suma de esfuerzos y no de restricciones interpretativas.

262

El Tribunal Constitucional ha de seguir siendo el supremo intérprete de la Constitución y no solo porque así lo afirma el artículo 1 de su Ley Orgánica,³⁴ sino porque es necesario desbrozar en ese camino de construcción de estándares, la relevancia de la importante tarea de filtro

³³ Parte del fallo de la sentencia emitida por el juez Lord Edward Coke en 1610, caso *Bonham vs. Henry Atkins*, enuncia lo siguiente: «es verdad que Dios ha dotado a su Majestad de excelente ciencia y grandes dotes naturales, pero su Majestad no es docto en las leyes de su reino, y los juicios que conciernen a la vida, la herencia[...] no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón y los juicios artificiales del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un hombre pueda llegar a dominarlo, el derecho es la vara de oro de la virtud y la medida para sentenciar las causas de sus súbditos».

³⁴ Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Artículo 1.- Definición
El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido solo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República.

que desarrolla el Poder Judicial para que así se consolide una competencia residual del Tribunal Constitucional en lo relativo a los procesos de la libertad, y en ello el amparo presenta un papel relevante, dado que su nivel de incidencia es del 75.75% de casos³⁵ que conoce el Tribunal, esto es, de cada 5 casos que suben vía recurso de agravio constitucional, casi 4 corresponden a amparos.

9. Ideas a modo de conclusión

El proceso de amparo ha reunido en el ordenamiento constitucional las condiciones de una herramienta de suyo muy valiosa, dada su condición de instrumento excepcional, residual y sumario. Sin embargo, reclama mejoras de orden procesal y replanteamientos de su sentido material. De igual forma, algunas propuestas para su modificación no gozan del necesario asidero conceptual tan caro respecto de procesos de la libertad.

En materia procesal creemos que son exigibles ajustes varios como sucede en el caso de amparos contra resoluciones judiciales. Se hace necesario readaptar el conocimiento del amparo respecto de decisiones de la Corte Suprema en el sentido de que sean impugnables directamente ante el Tribunal Constitucional, como sucede en el modelo español.

De otro lado, no nos parecen convenientes las propuestas del amparo directo como herramienta procedimental, dadas sus manifiestas restricciones en referencia al principio de pluralidad de instancias; así como tampoco, por ahora, la tesis de que sea el Poder Judicial instancia de cierre última y propiamente única, en los procesos de la libertad. Esta noción descuida que la esencia del Tribunal Constitucional es constituirse en el último garante de los derechos fundamentales y por tanto, es el Tribunal propiamente quien debe definir en última instancia este tipo de controversias.

³⁵ Memoria Institucional 2014. Tribunal Constitucional, p. 96.

En adición a lo expuesto, el estado de cosas inconstitucional representa una fórmula de empoderamiento de los jueces y su potencial utilización, creemos, podría implicar una extraordinaria herramienta para reconducir la carga procesal hoy existente a estándares más razonables.

De otro lado, rescatamos la vigencia del principio de autonomía procesal al vincular medidas cautelares y amparo. La lógica de los procesos constitucionales es muy particular frente al necesario principio de congruencia procesal.

En ese mismo razonamiento, la vinculación del amparo y los precedentes vinculantes constituye una manifestación muy estrecha. Proponemos que los precedentes, en lo posible, sean tuitivos antes que restrictivos.

Por último, somos partidarios de una política de puentes entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Las discrepancias entre estas instituciones del Estado son conducentes en el marco de un Estado constitucional, debiéndose impulsar mecanismos que tiendan a compatibilizar la jurisprudencia constitucional de los jueces del Poder Judicial con la del Tribunal como supremo intérprete de la Carta Fundamental.

Sobre las diversas formas de ejercicio del derecho constitucional de amparo en Venezuela: comentarios a la fallida reforma de la Ley Orgánica de Amparo de 1988, sancionada en 2014

✍ ALLAN R. BREWER-CARÍAS*

Sumario: 1. El derecho de amparo y la acción de amparo en la Constitución de 1961 y en la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales de 1988. 2. El derecho de amparo y la acción de amparo en la Constitución de 1999 y en la reforma fallida de Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales sancionada en 2014. 3. El ejercicio del derecho de amparo mediante la acción de amparo. 4. El ejercicio del derecho de amparo mediante vías procesales idóneas para asegurar la protección constitucional. 4.1. La formulación de la pretensión de amparo conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad. 4.2. La formulación de la pretensión de amparo junto con las acciones contencioso administrativas. 4.3. La formulación de la pretensión de amparo con otras vías procesales idóneas, como por ejemplo, en materia penal, junto con las solicitudes de nulidad absoluta de actuaciones procesales (amparo penal). 5. Apreciación final.

265

La Asamblea Nacional de Venezuela entre 2013 y 2014¹ desarrolló un procedimiento legislativo de reforma de una de las leyes más importantes del país, como es la Ley Orgánica de Amparo sobre

* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela.

¹ Véase la reseña del inicio de la discusión en El Universal, Caracas, 23 de octubre de 2013, en: <<http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/131023/asamblea-aprueba-en-primer-discusion-la-ley-de-amparo>>.

Derechos y Garantías Constitucionales de 1988², que tanto contribuyó a la consolidación del derecho constitucional de amparo. Lo menos que se esperaba era que una reforma a dicha Ley Orgánica, conforme al principio constitucional de la progresividad en materia de derechos humanos (artículo 19), fuera debidamente justificada para ampliar la protección constitucional, y que en todo caso fuera objeto de un amplio debate. Pero no ocurrió así, pues además de la poca difusión que tuvo el proyecto que motivó la reforma, lamentablemente nunca hubo real precisión sobre cuál era su específico objeto³.

La única orientación más o menos precisa que sin embargo podía identificarse en el proyecto de reforma, fue la intención de regular para el ejercicio del derecho de amparo, de una única y exclusiva «acción de amparo,» en sustitución del cuadro general que se establece en la Ley Orgánica de 1988, y que responde a la orientación constitucional de regular el «derecho de amparo» mediante la posibilidad de su ejercicio, no solo a través de una sola «acción de amparo,» sino además, mediante el ejercicio de otras vías judiciales acordes con la protección constitucional.

Esas disposiciones, siguiendo la orientación de la Constitución de 1961, las cuales fueron recogidas y reforzadas en la Constitución de 1999, son las que disponen que el derecho de amparo puede ejercer-

² Véase Gaceta Oficial de la República de Venezuela 34060, 27 de setiembre de 1988. Véase sobre esta Ley: «Introducción General al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales (El proceso de amparo)», en BREWER-CARIAS, Allan; AYALA CORAO, Carlos; y CHAVERO GAZDIK, Rafael. *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*. Col. Textos Legislativos N° 5, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 6° edición, 2007, pp. 9-149.

³ En la noticia oficial dada por la Asamblea Nacional el 22 de octubre de 2013, sobre el inicio del proceso de reforma, se indicó, sobre la Ley Orgánica de 1988, que «fue un instrumento preconstitucional, ya que fue promulgado antes de la creación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela», lo que es cierto, pero agregándose que «está desfasada de la realidad política y jurídica venezolana: además es ajena a la creación del Estado social, de justicia y de derechos,» lo cual no tiene fundamento alguno. Véase la reseña en <<http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/5374>>.

se, no solo mediante una acción (autónoma) de amparo, sino también mediante la formulación de una pretensión de amparo junto con otras vías judiciales existentes en el ordenamiento procesal (incluyendo las vías de control de constitucionalidad, de control contencioso administrativo o de nulidad de actuaciones penales) y que efectivamente están acordes con la protección constitucional. Sin embargo, en contraste con esta orientación constitucional y de la Ley Orgánica de 1988, el proyecto de reforma discutido de dicha Ley Orgánica durante 2013⁴, y aprobado en primera discusión, en lugar de ser un texto destinado efectivamente a desarrollar la garantía judicial de protección a los derechos fundamentales, parecía más bien un texto destinado a regular básicamente causales de inadmisibilidad o improcedencia de la acción de amparo. La discusión del proyecto continuó, y finalmente el 22 de julio de 2014 concluyó la segunda discusión⁵, quedando entonces sancionada la reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Analizada globalmente, puede decirse que su objeto fundamental fue reducir el ámbito de su regulación, como sucede en la gran mayoría de los países de América Latina, a normar una sola «acción de amparo», abandonando así lo que ha sido el signo más distintivo del régimen constitucional venezolano sobre el derecho de amparo y su protección mediante varios medios judiciales, además de la acción de amparo.

Sin embargo, a pesar de ese objetivo, la realidad es que los proyectistas y la propia Asamblea Nacional, al haber pretendido regular

⁴ Véase sobre el Proyecto aprobado en primera discusión, BREWER-CARÍAS, Allan. «De nuevo sobre el derecho de amparo y la acción de amparo en el ordenamiento venezolano (Con ocasión del “Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales” de octubre de 2013)», en *Revista de Derecho Público*, N° 136, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, octubre-diciembre 2013, pp. 113-141.

⁵ Véase la reseña en Asamblea Nacional: «Balance legislativo enero-agosto 2014», en <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_cc148b194ac8d29e-792da3d6cfb5f2271b4029ce.pdf>.

solo la «acción de amparo» acorde con la Constitución de 1999, como medio de protección constitucional de los derecho fundamentales, no se dieron cuenta que al haber previsto en forma general como causal de «improcedencia» de dicha acción, el hecho de que existan «vías procesales idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas» (artículo 23.5), lo que en definitiva hicieron fue ratificar el régimen de la Ley Orgánica de 1988 disponiendo expresamente que las lesiones constitucionales pueden ser efectivamente protegidas mediante otras vías procesales idóneas distintas de la acción de amparo, imponiendo incluso el principio general de que si las mismas existen, deben siempre agotarse primero, antes de intentarse una acción de amparo.

Con ello, la reforma de Ley Orgánica de Amparo sancionada en 2014, puede decirse que no se apartó de lo previsto en la Constitución de 1999, que a la vez siguió la orientación de lo que había establecido la Constitución de 1961, al regular el amparo como un derecho («el derecho a ser amparado»); ni tampoco se apartó, por supuesto, del sentido de las normas de la Ley Orgánica de 1988, y de su interpretación jurisprudencial durante sus más de 25 años de vigencia.

Quizá por ello, en la actualidad, un año después de sancionada la «reforma» de julio de 2014, e incluso después de que el Tribunal Supremo de Justicia decidiera sobre el carácter «orgánico» de la Ley sancionada, esta no ha sido promulgada por el presidente de la República, en violación a todas las normas constitucionales que imponen la obligación de la promulgación de las leyes (artículos 215-216). Por lo visto, parece que a nadie le interesó en Venezuela una reforma de tanta importancia para la vigencia y garantía de los derechos fundamentales, disponiendo el país, en la actualidad, de una Ley Orgánica de Amparo vigente que es la de 1988, y una Ley Orgánica de reforma de la misma, que fue sancionada en 2014, pero que nunca fue promulgada.

A pesar de ello; sin embargo, por el interés que tiene la materia, hemos querido hacer estos comentarios sobre la reforma fallida y sus

alcances, refiriéndonos en particular a las diversas formas procesales del ejercicio del derecho de amparo, incluyendo la acción de amparo regulada en la Ley Orgánica de 1888 y que permanece en la reforma de la Ley Orgánica sancionada en 2014; todo a la luz de las disposiciones de la Constitución de 1999, la tradición jurisprudencial y los antecedentes en el régimen de la Constitución de 1961.

1. El derecho de amparo y la acción de amparo en la Constitución de 1961 y en la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales de 1988

El derecho de amparo, en efecto, fue establecido por primera vez en Venezuela en el artículo 49 de la Constitución de 1961⁶, en el cual se estableció el amparo constitucional como un «derecho» de todo habitante de la República a ser amparado en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, de lo que deriva la «obligación» de los tribunales de amparar dichos derechos; razón por la cual la Constitución no solo consagró una «acción de amparo» como garantía procesal de los derechos y garantías constitucionales. Sobre dicha disposición, por ello, Héctor Fix-Zamudio observó que se «consagró definitivamente el derecho de amparo como instrumento procesal para proteger todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente», en lo que calificó como «uno de los aciertos más destacados en la avanzada Carta Fundamental de 1961»⁷.

⁶ Constitución de 1961: «Artículo 49. *Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.*

⁷ Véase Fix-Zamudio, Héctor. «Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela», *Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, UCV, Caracas, 1970, tomo II, pp. 333-390. Véase además, Fix-Zamudio, Héctor. «La teoría de Allan R. Brewer-Carías sobre el derecho de amparo Latinoamericano y el juicio de amparo mexicano», en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*. Madrid: Editorial Thomson Civitas, 2002, tomo I, pp. 1125 y ss.

Esta orientación se acentuó en el texto de la Constitución de 1999 en la cual se conservó la idea fundamental del derecho de amparo⁸.

El gran aporte del texto constitucional de 1961 con relación a la protección de los derechos fundamentales, fue así la consagración del amparo como un «derecho fundamental» más, y no solo como una garantía procesal. Es decir, la Constitución no consagró solamente una «acción de amparo» para proteger los derechos constitucionales, sino que lo que previó fue «un derecho fundamental al amparo» con la consecuente obligación de todos los tribunales de amparar a las personas en el goce y ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, o que sin estar enumerados en el texto, sean inherentes a la persona humana⁹.

Con esa orientación se dictó la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988¹⁰, lo cual, sin duda, fue una de las leyes más importantes que se dictaron en el país después de la

⁸ Constitución de 1999, artículo 27: «Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. [...]».

⁹ Véase BREWER-CARIÁS, Allan. *Estado de derecho y Control Judicial*, Madrid, 1987, pp. 587-657. Véase también el libro *El amparo constitucional en Venezuela*, Instituto de Barquisimeto: Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2 tomos, 1987, en los que se recogen una serie de artículos y estudios sobre el amparo constitucional y de decisiones judiciales sobre la admisibilidad del amparo en nuestro país. Véase además LINARES BENZO, Gustavo. «El Proceso de Amparo en Venezuela», *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N° 2, 1987, pp. 27-110.

¹⁰ Véase en *Gaceta Oficial* 33.891, 22 de enero de 1988. La Ley Orgánica fue reformada en 27 de setiembre de 1988, publicada en *Gaceta Oficial* 34.060 de 27 de setiembre de 1988. Véase sobre el proyecto de dicha Ley Orgánica: Brewer-Carías, Allan. «Observaciones críticas al Proyecto de Ley de la Acción de Amparo de los Derechos Fundamentales» (1985), y «Proyecto de Ley Orgánica sobre el Derecho de Amparo (1987)» y «Propuestas de reforma al Proyecto de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1987)», en Brewer-Carías, Allan. *Estudios de Derecho Público, (Labor en el Senado 1985-1987)*, tomo III, Caracas: Ediciones del Congreso de la República, 1989, pp. 71-186; 187-204 y 205-229.

propia Constitución de 1961¹¹. Por eso la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 31 de enero de 1991, al referirse al amparo como remedio judicial extraordinario para la defensa de los derechos y garantías constitucionales desarrollado en la Ley Orgánica, señaló que ello:

Constituye un logro importante y trascendente para la plena vigencia del Estado de derecho existente en el país hace ya más de tres décadas, y se erige como un instituto fundamental, de rango superior sobre cualquier otra norma que pudiera oponérsele dentro del propio ordenamiento constitucional venezolano.¹²

En todo caso, la consideración constitucional del amparo como un derecho, y no como una sola acción o recurso, fue lo que justificó bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y antes de que se dictara incluso la Ley Orgánica de 1988, el cambio de criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en 1983, respecto de su tesis antes sustentada

¹¹ Véase los comentarios sobre la Ley Orgánica que hemos publicado en el exterior: «Comentarios a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) de Venezuela», en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 6, San José, julio-diciembre 1987, pp. 135-178; «Comentarios a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) de Venezuela», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año N° 63, año XXI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, setiembre-diciembre 1988, pp. 1.107-1.159; «Situación actual del derecho de amparo en Venezuela», en *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, tomo III, Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, pp. 1703-1759; «El Poder Judicial en Venezuela y la justicia constitucional: Control de la constitucionalidad y amparo a los derechos fundamentales», en *Elementos para una reforma de la Constitución*, Congreso Internacional sobre la Reforma de la Constitución, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1988, pp. 47-135; «El derecho de amparo en Venezuela», en *Revista de Derecho*, N° 1, año V, Facultad de Derecho, Universidad Central, Santiago de Chile 1991, pp. 151-178, y en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 7-53.

¹² Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 45. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 117.

en 1970, sobre la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo aun en ausencia de la ley reglamentaria prevista en la Constitución de 1961. Si la norma del artículo 49 hubiera consagrado exclusivamente «una acción o recurso» de amparo, el artículo 50 del texto constitucional de 1961 le hubiera sido inaplicable¹³; en cambio, como el artículo 49 de la Constitución de 1961 (como el artículo 27 de la de 1999), consagraba un derecho fundamental, como en efecto fue así, se aplicaba el texto de dicho artículo 50 de dicha Constitución que disponía que «la falta de ley reglamentaria» de los derechos constitucionales enunciados en el texto, no menoscaba el ejercicio de los mismos¹⁴. Este fue el criterio dominante de la jurisprudencia y, en nuestra opinión, el más importante elemento diferenciador de la institución de amparo en Venezuela recogido en la Ley Orgánica de 1988, en cuyo artículo 1, se estableció lo siguiente:

¹³ Como lo sostenía la Procuraduría General de la República en 1970: «el amparo, más que un derecho, constituye una garantía de protección de los derechos, y de acuerdo con la letra de la Ley solo los derechos pueden ser ejercidos, aun antes de promulgada la Ley reglamentaria respectiva». Véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1970*, Caracas, 1971. p. 35.

¹⁴ Este criterio del amparo como un derecho lo destacó en 1970, Jesús Ramón QUINTERO, cuando al comentar una decisión de la Corte Superior Cuarta en lo Penal en torno a un recurso de amparo de 22 de diciembre de 1969 señaló: Existe pues, según el fallo de la Corte, un derecho de los individuos, de amparo, y un deber u obligación de los tribunales de concederlo cuando sea procedente. Tal derecho y tal obligación tienen una base en la propia Constitución la cual a su vez, y de un modo terminante que no admite ningún tipo de duda, establece que su solo texto es suficiente para que los tribunales concedan el amparo, pues la falta de ley reglamentaria de los derechos, aunque no deseable, no puede convertirse en un obstáculo para el cabal y completo goce y disfrute de esos derechos que la Constitución establece y aun de aquellos que no están establecidos en forma expresa, pero que sean inherentes a la persona humana». Véase «Recurso de amparo. La cuestión central en dos sentencias y un voto salvado» en *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 9. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, pp. 1969-1970. En las páginas 166 y siguientes refuerza el mismo argumento. El texto de la sentencia que comenta y del voto salvado a la misma puede verse en pp. 180 a 206. Véase asimismo el texto del voto salvado en MARÍN GÓMEZ, Otto. *Protección procesal de las garantías constitucionales de Venezuela. Amparo y Hábeas Corpus*, Caracas, 1983, pp. 229-250.

Toda persona natural habitante de la República o persona jurídica domiciliada en esta, *podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales*, aun de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. La garantía de la libertad personal que regula el hábeas corpus constitucional, se regirá por esta Ley.

Para garantizar el derecho de amparo, la Ley Orgánica de Amparo de 1988, precisamente, además de regular una acción de amparo, previó todo un sistema conforme al cual el ejercicio del derecho de amparo no se agotaba ni se contraía exclusivamente al ejercicio de dicha acción de amparo, sino que podía ejercerse también a través de otras solicitudes, acciones o recursos establecidos en el ordenamiento jurídico.

273

Con ello, quedó definitivamente resuelta la discusión doctrinal sobre si el amparo que consagraba la Constitución de 1961 (como lo hace la de 1999) es en sí mismo un derecho fundamental o si solo es una garantía adjetiva de los derechos fundamentales, habiendo optado la Ley de 1988 por la primera posición, pues si bien, como se dijo, en sus normas se reguló la acción de amparo como un medio adjetivo autónomo de protección de los derechos fundamentales; sin embargo, también se estableció expresamente que el derecho de amparo de dichos derechos podía ejercerse, mediante otras vías procesales consagradas en el ordenamiento jurídico. En palabras de la antigua Sala Constitucional, «la específica acción de amparo constitucional consagrada en el inciso segundo del artículo 27 de la Carta Magna, *constituye un medio adicional a los ordinarios* en la tarea de salvaguardar los derechos fundamentales,» en el sentido de que «dicha acción *no entraña un monopolio procesal en cuanto al trámite de denuncias respecto a violaciones a la regularidad constitucional*, tal tesis la descarta el sistema

de garantías procesales de que disponen los tribunales en el ejercicio ordinario de su función»¹⁵.

Por ello, en el artículo 3 de la Ley Orgánica de 1988 se estableció la posibilidad de ejercer la acción de amparo contra leyes junto con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; en el artículo 5 se estableció expresamente que la pretensión de amparo contra actos administrativos y contra las conductas omisivas de la Administración puede ejercerse conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación; y el artículo 6.5, al establecer las causales de inadmisibilidad de la acción de amparo, reconoció implícitamente que se puede formular la pretensión de amparo mediante otras «vías jurídicas ordinarias» o «medios judiciales preexistentes», en los cuales puede «alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucional».

274

Así lo reconoció, además, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia de 10 de julio de 1991 (caso Tarjetas Banvenez), la cual al ser citada en sentencia de la misma Corte de 10 de junio de 1992, la llevó a señalar lo siguiente:

El texto de la Ley Orgánica de Amparo prevé fundamentalmente dos mecanismos procesales: la acción autónoma de amparo y la acumulación de esta con otro tipo de acciones o recursos, modalidades que difieren sustancialmente en cuanto a su naturaleza y consecuencias jurídicas. Por lo que respecta a la segunda de las modalidades señaladas, es decir, la acción de amparo ejercida conjuntamente con otros medios procesales, la referida ley regula tres supuestos: a) la acción de amparo acumulada a la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos (artículo 3); b) la acción de amparo acumulada al recurso contencioso administrativo de anulación contra

¹⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001, p. 448.

actos administrativos de efectos particulares o contra las conductas omisivas de la Administración (artículo 5); c) la acción de amparo acumulada con acciones ordinarias (artículo 6, ordinal 5).¹⁶

La Sala sostuvo, además, «que la acción de amparo en ninguno de estos casos es una acción principal sino subordinada, accesoria a la acción o al recurso al cual se acumula, sometido al pronunciamiento jurisdiccional final que se emita en la acción acumulada. Tratándose de una acumulación de acciones, debe ser resuelta por el juez competente para conocer de la acción principal»¹⁷.

Por tanto, conforme a la orientación que se expresó en el *Informe de la Comisión de Política Interior del Senado*, de fecha 9 de diciembre de 1987, elaborado al estudiar el Proyecto de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales:

[E]l artículo 49 de la Constitución, más que un medio adjetivo procesal, consagra un derecho fundamental, el derecho a ser amparado. De manera que la Constitución no consagra una acción de amparo o un medio adjetivo, sino un derecho fundamental, el derecho a ser amparado [...] tan fundamental como aquéllos que van a ser objeto de amparo. Y ese derecho puede materializarse, sin duda, a través del ejercicio de múltiples acciones y recursos.

275

Sin embargo, estimó la misma Comisión que también «era necesario desarrollar el mandato constitucional en una Ley que consagre que la acción de amparo puede ser ejercida por todo habitante del país y ser resuelta de manera sumaria, breve y efectiva para evitar lesiones o daños y restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida»¹⁸,

¹⁶ Véase la Sentencia N° 140, 10 de junio de 1992, en *Revista de Derecho Público*. N° 50. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, pp. 183-184.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Véase el «Informe que presenta la Comisión Permanente de Política Interior del Senado referente al Proyecto de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales», de 9 de diciembre de 1987, considerado en la sesión del Senado de 14 de

para lo cual precisamente, se sancionó la Ley Orgánica de Amparo del 27 de setiembre de 1988.

En todo caso, la consecuencia de estas orientaciones conforme a la previsión de la Constitución (artículo 49) fue entonces la necesidad que hubo de configurar en la Ley Orgánica de Amparo de 1988, conforme a la orientación del artículo 47 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 27 de la Constitución de 1999), al amparo constitucional como el mencionado «derecho fundamental» y no solo como una única «acción de amparo,» lo que implicó la necesidad de conciliar el ejercicio del derecho de amparo con los medios judiciales existentes de protección constitucional, de manera que no quedasen estos eliminados como tales, sino al contrario, reforzados. De allí las antes mencionadas previsiones de los artículos 3.5 y 6.5 de la Ley Orgánica de 1988 que regularon expresamente la posibilidad de la formulación de pretensiones de amparo constitucional conjuntamente con las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, con las acciones contencioso-administrativas de anulación y con las acciones judiciales ordinarias o extraordinarias; normas todas que propusimos en el proceso de formación de la Ley en la Cámara del Senado¹⁹. El sentido de las mismas, luego de múltiples vacilaciones jurisprudenciales fue el que quedó clarificado en la antes mencionada sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema del 10 de julio de 1991 (caso Tarjetas Banvenez), cuando distinguió la acción de amparo que se denominó «autónoma», de la pretensión de amparo

diciembre de 1987. Véase BREWER-CARÍAS, Allan. «Propuestas de reforma al Proyecto de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1987)», *Estudios de derecho público, (Labor en el Senado 1985-1987)*, tomo III, Caracas: Ediciones del Congreso de la República, 1989, pp. 71-229.

¹⁹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan. «Propuestas de reforma al Proyecto de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1987)», *Estudios de derecho público, (Labor en el Senado 1985-1987)*, tomo III, Caracas: Ediciones del Congreso de la República, 1989, pp. 205-229.

constitucional formulada con otras acciones o recursos que regula el ordenamiento procesal, con mero carácter cautelar.²⁰

Estimamos que dicha orientación es la que sigue existiendo en la Ley Orgánica de Amparo sancionada en 2014, la cual, al no apartarse de las previsiones de la Constitución, si bien solo regula la acción de amparo, ello no implica ni puede implicar exclusión de la posibilidad de que la pretensión de amparo se pueda formular mediante otras acciones o peticiones judiciales cuando estas sean las vías procesales idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas. Más bien, en los términos del artículo 23.5 de la Ley Orgánica sancionada en 2014, estas son las que han de agotarse previamente, pues de lo contrario, la acción de amparo es improcedente.

2. El derecho de amparo y la acción de amparo en la Constitución de 1999 y en la reforma fallida de Ley Orgánica de mparo sobre derechos y garantías constitucionales sancionada en 2014

277

En efecto, al igual que la Constitución de 1961, la Constitución de 1999 no estableció «una» sola y específica acción o recurso de amparo, como un particular medio de protección judicial, sino incluso más precisamente que como se regulaba en la Constitución de 1961, un «derecho de amparo» o «derecho a ser amparado por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos».

Este carácter del amparo, como un «derecho constitucional,» incluso lo reafirmó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 993 de 16 de julio de 2013, indicando que «la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela además de con-

²⁰ Véase el texto de esta sentencia en *Revista de Derecho Público*, N° 47, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, pp. 169-174.

siderar el amparo en su aspecto procesal como una acción, *lo considera también como un derecho*²¹. Por tanto, ese sigue siendo el elemento clave para identificar la institución venezolana²²; como derecho fundamental que se puede materializar y de hecho se materializa, a través de diversas acciones y recursos judiciales, además de la «acción de amparo» que regula la Ley Orgánica de 1988²³, y que se ha regulado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales sancionada por la Asamblea Nacional en 2014, como el «objeto» de la misma (artículo 1).

Sin embargo, independientemente de que la regulación de la acción de amparo sea el «objeto» de la Ley Orgánica sancionada en 2014, el hecho de que la Constitución de 1999 consagre el amparo constitucional como un derecho fundamental a un medio de protección judicial, impide que pueda considerarse que el «derecho de amparo» haya quedado reducido al ejercicio de la «acción de amparo» que se regula, pues ello sería inconstitucional.

278

La Constitución no identifica el «derecho de amparo» con ninguna vía o medio judicial de protección concreto, por lo que tal como está concebido el artículo 27, el derecho de amparo puede materializarse ciertamente en el ejercicio de una acción de amparo que se regula en la Ley Orgánica, pero además, siempre, en pretensiones de amparo formuladas con otras vías judiciales idóneas para la protección inmediata

²¹ Disponible en : <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/993-16713-2013-130230.html>>.

²² Véase BREWER-CARÍAS, Allan. «El derecho de amparo y la acción de amparo», en *Revista de Derecho Público*, N° 22, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1985, pp. 51 y ss.

²³ Artículo 1°.- Toda persona natural habitante de la República o persona jurídica domiciliada en esta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. La garantía de la libertad personal que regula el hábeas corpus constitucional, se regirá por esta Ley.

de derechos y garantías constitucionales. Tan es así que expresamente se dispone en la Ley Orgánica sancionada en 2014, el carácter subsidiario de la «acción de amparo,» que no podría ejercerse cuando existan «vías procesales idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas» (art. 23.5), y en particular, en materia de decisiones u omisiones judiciales, o de actos, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones y omisiones de la Administración, solo se posrían ejercer cuando «se hayan agotado todos los medios procesales existentes, o que los mismos no resulten adecuados para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado» (arts. 12 y 14). Ello significa que el legislador partió del principio de que si la pretensión de amparo se puede ejercer conjuntamente con un medio procesal existente que sea idóneo para la protección constitucional, debería agotarse este con prelación.

Además, tal como lo concibe el artículo 27 de la Constitución de 1999, el amparo no solo se establece como un *derecho* de las personas a ser amparados en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece y que sean inherentes a la persona, sino que, en realidad, conforme al principio de alteridad, se configura como un *deber* de los tribunales de amparar a las personas en el goce y ejercicio de tales derechos. Por ello, se insiste, el amparo, tal como está en el texto constitucional, y deriva de la regulación legal, no puede quedar reducido a una acción única de amparo como la que se regula en exclusiva en la Ley Orgánica sancionada en 2014, necesariamente independiente de todas las otras acciones o recursos judiciales previstos para la defensa de los derechos y garantías constitucionales; sino que la Constitución es lo suficientemente amplia y flexible en la materia como para permitir diversos sistemas judiciales de amparo de los derechos y garantías constitucionales, sea a través de acciones o recursos judiciales idóneos preexistente o mediante la vía general de acción de amparo regulada en la Ley Orgánica, lo que se ha reforzado en esta, como se dijo, al haber regulado la acción de amparo contra actos y actuaciones administrativas y judiciales en forma subsidiaria.

Por tanto, puede haber y hay muchos medios judiciales de protección que permiten a los particulares ser amparados en el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales, mediante un procedimiento breve y sumario, en el cual el juez tiene competencia para restablecer inmediatamente las situaciones jurídicas infringidas por cualquiera. En estos casos, no es que esas vías judiciales ya previstas sustituyan el derecho de amparo (o lo desmejoren), sino que sirven como medios judiciales para garantizar tal derecho de amparo, pudiendo concluir las mismas, incluso, con la nulidad del acto lesivo.

Ahora bien, a pesar de la multiplicidad de vías de protección judicial de los derechos y garantías constitucionales que aseguran el «derecho de amparo» previsto en la Constitución de 1999, es indudable que dado el carácter omnicompreensivo de la protección que «en conformidad con la ley» establece el texto fundamental, para que aquel derecho de amparo sea realmente efectivo, como lo había delineado la jurisprudencia, resultó indispensable regular en la Ley Orgánica sancionada en 2014 (al igual que en la Ley Orgánica de 1988), una «acción de amparo,» que en general ha de ejercerse solo si no existen «vías procesales idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas». Así lo dispone el mencionado artículo 23.5 de la Ley Orgánica sancionada en 2014, norma esta que pretende entonces configurar la acción de amparo, en general como una vía subsidiaria. La Ley Orgánica de 1988, en esta materia, solo establece que la acción de amparo no procede si el interesado ya ha optado por recurrir a otros medios judiciales de protección y amparo de los derechos y garantías constitucionales legalmente previstos (art. 6.5 de la Ley Orgánica 1988) o cuando frente a actos administrativos o carencias de la Administración, los medios judiciales previstos formalmente en las leyes no son suficientemente acordes con la protección jurisdiccional, es decir, no constituyeran un medio breve, sumario y efectivo, acorde con la protección constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica 1988).

Por ello, el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de 1988 establece dentro de las causales de inadmisibilidad de la acción de amparo, los

casos en los cuales «el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes,» en cuyo caso al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucional, el juez debe acogerse al procedimiento y a los lapsos previstos en la Ley Orgánica para la protección inmediata y ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado. Ahora la Ley Orgánica sancionada en 2014 lo que establece es una causal de improcedencia más genérica disponiendo que la acción de amparo es improcedente, cuando «existan vías procesales idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas,» (art. 23.5), así el interesado incluso no haya optado aún por usarlas. De allí que lo que se ha regulado es el carácter subsidiario de la acción de amparo, pues impone siempre la necesidad de agotar previamente dichas vías procesales idóneas para la protección constitucional. Y en materia de actuaciones u omisiones judiciales y administrativas, solo si esos medios procesales existentes «no resulten adecuados para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado» (arts. 12 y 14), es que podría intentarse una acción de amparo.

Asimismo, debe destacarse en particular, sobre el derecho de amparo frente a actos administrativos o conductas omisivas de la Administración, que la Ley Orgánica de 1988 buscó resolver expresamente el tema de la inadmisibilidad por existencia de «vías procesales idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas,» al prever en su artículo 5, que la acción autónoma de amparo no procede «cuando exista un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional» y este es el que se regula precisamente el mismo artículo 5 de dicha Ley, al establecer que el recurso contencioso administrativo de anulación es un medio breve, sumario y eficaz, y plantear que conjuntamente con el mismo puede formularse la pretensión de amparo, en cuyo caso, no solo no es necesario agotar la vía administrativa, sino que el recurso puede intentarse en cualquier tiempo, pudiendo el juez, además, suspender los efectos del acto administrativo recurrido como

garantía del derecho constitucional violado, mientras dure el juicio de nulidad, conforme al procedimiento establecido en la propia Ley Orgánica de 1988 (arts. 5 y 6.5).

Por tanto, en esa forma, si bien el «derecho de amparo» puede asegurarse a través de múltiples vías (acciones o recursos) judiciales preexistentes, precisamente cuando son «idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas,» en cuyo caso, el «derecho de amparo» no se identifica con ningún recurso o acción judicial concreto; en el caso de la acción de amparo que regula la Ley Orgánica de 1988, esta procede salvo cuando se hubiese optado por otro medio de protección o de amparo previsto en el ordenamiento jurídico. En cambio, conforme a la Ley Orgánica sancionada en 2014, procedería si no existen dichas vías procesales idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas. Por tanto, en materia de amparo contra actos administrativos, por ejemplo, la acción «autónoma» de amparo solo procedería cuando la vía contencioso administrativa no sea un medio efectivo e idóneo acorde con la protección constitucional, o resulte que no sea adecuado para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado (art. 14).

Lo que resulta de lo antes dicho es que el derecho de amparo que prevé el artículo 27 de la Constitución de 1999, acorde con las previsiones de la Ley Orgánica de Amparo sancionada en 2014, permitiría asegurar la protección de los derechos fundamentales infringidos por actos estatales mediante los medios procesales existentes que fueren adecuados e idóneos para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado, como sería por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad de las leyes (acción popular) o de la desaplicación de una ley por cualquier juez (el denominado control difuso de la constitucionalidad); el recurso de casación respecto de sentencias; el recurso contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos; y en materia penal, el ejercicio de las solicitudes de nulidad absoluta por violación de derechos y garantías constitucionales. Asimismo, permitiría asegurar la

protección de los derechos fundamentales vulnerados por otros particulares a través de las vías judiciales del proceso ordinario.

Por supuesto, para que estas vías judiciales puedan servir de medio de amparo constitucional, es decir, sean, como lo dice la Ley Orgánica sancionada en 2014 «vías procesales idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas,» las mismas deberían ser «adecuadas para restituir o salvaguardar el derecho lesionado amenazado»; a cuyo efecto, el legislador en muchas regulaciones específicas ha perfeccionado los diversos mecanismos de protección²⁴.

Por ejemplo, en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, cuando esta se fundamente en la violación de un derecho o garantía constitucional, en virtud de la nulidad absoluta que ello implica, en la Ley Orgánica de 1988 se previó la potestad de la Sala Constitucional de desaplicar los efectos de la ley impugnada *respecto del caso concreto* mientras se decide el recurso (art. 3), lo que está ahora previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, al regular expresamente la posibilidad por parte de la Sala Constitucional, de suspender los efectos de la Ley impugnada como medida cautelar (art. 130).

283

Igualmente, en el recurso de casación, cuando la denuncia contra la sentencia recurrida consista en el alegato de la violación por la misma de un derecho o garantía constitucional, la Sala de Casación Civil puede disponer los elementos de protección constitucional que estime adecuados, mientras resuelve el recurso.

En el recurso contencioso administrativo, cuando el motivo del mismo sea la violación de un derecho constitucional por el acto recurrido, en la Ley Orgánica de 1988 se había eliminado la exigencia

²⁴ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. «De nuevo sobre el derecho de amparo y la acción de amparo en el ordenamiento venezolano (con ocasión del «Proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales» de octubre de 2013),» en *Revista de Derecho Público*, N° 136, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013.

de agotamiento de la vía administrativa (lo que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se eliminó del proceso), y se eliminó también la exigencia del lapso de caducidad, dada la nulidad absoluta alegada, y se permitía al juez recurrir en forma más expedita a los procedimientos de urgencia y abreviación de lapsos, así como a la medida cautelar de suspensión de efectos del acto recurrido (arts. 5 y 6.5).

En la solicitud de nulidad absoluta por violaciones de derechos y garantías constitucionales en materia penal (arts. 190 y ss. del Código Orgánico Procesal Penal), el artículo 173 de dicho Código le impone al mismo juez de la causa la obligación de decidir el amparo penal en el lapso brevísimo de tres días, precisamente para enervar las lesiones constitucionales de inmediato, sin tener que esperar, por ejemplo, a la realización de una audiencia preliminar.

284

Pero en todo caso, es evidente que el derecho de amparo, en los términos de la Ley Orgánica sancionada en 2014, permitiría lograr la adecuada protección de los derechos y garantías constitucionales a través de la «acción de amparo» (que la Ley Orgánica de 1988 califica como la acción «autónoma» de amparo), la cual, por supuesto, aparecería en el ordenamiento como absolutamente diferenciada de la acción o recursos de inconstitucionalidad de las leyes, del recurso de casación, de las acciones contencioso administrativas, de las solicitudes de nulidad absoluta en los procesos penales, y de otros medios judiciales que puedan ser idóneos para enervar la violación constitucional.

En todo caso, debe recordarse que en la Ley Orgánica de 1988, una de las características de esta acción judicial de amparo, es que *no presupone el que se tengan que haber agotado vías judiciales previas para poder intentarse*; en cambio, sin embargo, con la reforma de la Ley Orgánica sancionada en 2014, la acción de amparo contra decisiones u omisiones judiciales, y contra actos, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones de la Administración solo podría inten-

tarse «cuando se hayan agotado todos los medios procesales existentes» para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado (arts. 12 y 14), es decir, cuando no existan vías procesales idóneas y efectivas para enervar las lesiones constitucionales aducidas (art. 23.5). Sin embargo, excepcionalmente se podría intentar la acción de amparo, cuando esas vías procesales existentes no resulten adecuadas para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado; es decir, no sean vía procesales idóneas y efectivas para enervar las lesiones constitucionales²⁵.

En estos casos, conforme a la Ley Orgánica sancionada en 2014, cuando la violación del derecho constitucional la produce un acto administrativo, la acción de amparo requeriría el agotamiento previo del recurso contencioso administrativo de anulación, porque dicho recurso, en sí mismo podría ser el medio de amparo, es decir, la vía procesal idónea para enervar las lesiones constitucionales aducidas, mediante medidas cautelares y la anulación final del acto. Por ello, en el caso de actos administrativos, solo cuando el recurso contencioso administrativo no resulte adecuado como medio de amparo (para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado) dadas las particulares circunstancias del caso concreto, es que procedería la acción amparo.

285

3. El ejercicio del derecho de amparo mediante la acción de amparo

De lo anterior resulta, por tanto, que conforme a la Ley Orgánica de Amparo sancionada en 2014, la forma de ejercicio del derecho de amparo a los derechos fundamentales que se regula en la misma es la acción de amparo, que incluso constituye el «objeto» principal de la Ley.

²⁵ Este carácter subsidiario que por ejemplo le habíamos atribuido a la acción de amparo en materia de amparo contra actos administrativos, como lo habíamos explicado hace décadas (Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. «El derecho de amparo y la acción de amparo», *Revista de Derecho Público*, N° 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 53-54), en definitiva derivaba de que procedía cuando el «recurso contencioso administrativo de anulación y amparo» no era un medio efectivo de protección. Véase, además, BREWER-CARÍAS, Allan R. *Estado de derecho y Control Judicial*. *Op. cit.*, pp. 628 y ss.

A tal efecto, su primer artículo dispone:

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto regular la acción de amparo constitucional como medio judicial de protección, para el goce y ejercicio efectivo de los derechos y garantías constitucionales.

Toda persona podrá ejercer ante los tribunales competentes la acción de amparo para el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes al ser humano que no figuren expresamente en la Constitución Nacional o en los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

La acción de amparo a la libertad o seguridad personal se regirá por lo dispuesto en esta Ley.

286

La reforma de la Ley Orgánica sancionada en 2014, sin embargo, previó en general que la acción de amparo en ella regulada solo sería procedente si no existen vías procesales idóneas y efectivas para enervar las lesiones constitucionales aducidas (art. 23.5), es decir, que sean adecuadas para restituir o salvaguardar el derecho lesionado amenazado. Si estas vías existiesen, no procedería la acción de amparo para la protección del derecho, con lo cual quedó ratificado que el derecho de amparo no solo puede ejercerse mediante una única y exclusiva «acción de amparo».

Sobre la acción de amparo, la antigua Corte Suprema de Justicia señaló en su citada sentencia líder de 10 de julio de 1991:

[...] debe ser, por su naturaleza restablecedora, capaz, suficiente y adecuada para lograr que el mandamiento de amparo que se otorgue se baste por sí solo, sin necesidad de acudir a otro u otros procedimientos judiciales, para volver las cosas al estado en que se encontraban para el momento de la vulneración y hacer desaparecer definitivamente el acto o hecho lesivo o perturbador.

Por estas razones, ha sostenido reiteradamente este Supremo Tribunal en jurisprudencia que una vez más ratifica, que en tales supuestos, el accionante en amparo debe invocar y demostrar que se trata de una vulneración constitucional flagrante, grosera, directa e inmediata, lo cual no significa –se precisa ahora– que el derecho o garantía de que se trate no estén desarrollados o regulados en textos normativos de rango inferior, pero sin que sea necesario al juzgador acudir o fundamentarse en ellos para detectar o determinar si la violación constitucional al derecho o garantía se ha efectivamente consumado. De no ser así –ha dicho también esta Sala– no se trataría entonces de una acción constitucional de amparo sino de otro tipo de recurso, por ejemplo, el contencioso-administrativo, cuyos efectos anulatorios no se corresponden con los restitutorios del amparo y «si tal sustitución se permitiere, el amparo llegaría a suplantar no solo esa sino todas las vías procedimentales establecidas en nuestro sistema de Derecho positivo», desnaturalizando el carácter extraordinario del amparo. (Sentencia de 23 de mayo de 1988, Fincas Albaba).²⁶

Estos principios que se modificaron con la reforma de la Ley Orgánica sancionada en 2014.

4. El ejercicio del derecho de amparo mediante vías procesales idóneas para asegurar la protección constitucional

En efecto, al establecer dicha Ley Orgánica sancionada en 2014, como causal de improcedencia de la acción de amparo, que existan otras «vías procesales idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas» (art. 23.5), lo que expresó en definitiva fue, que el derecho de amparo se podría ejercer a través de otras vías procesales que fueran idóneas para la protección constitucional, distintas a la acción de amparo; y que en caso de existir, esta sería entonces improcedente, con lo que lo que en definitiva se buscó regular fue incluso el carácter subsidiario general de la acción.

²⁶ *Idem.* pp. 169-170.

De acuerdo con las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, en efecto, vías idóneas para enervar las lesiones constitucionales serían: la acción de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, la acción contencioso administrativa de nulidad de actos administrativos, o la solicitud de nulidad de las actuaciones penales por violación de derechos y garantías constitucionales.

4.1. La formulación de la pretensión de amparo conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo de 1988, norma que de publicarse la Ley Orgánica sancionada en 2014 quedaría derogada,, luego de precisar la posibilidad de que se pueda intentar una acción de amparo contra normas, agregó que:

288

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad.

Esta norma, que se buscó hacer desaparecer del texto de la Ley con la reforma de la Orgánica sancionada en 2014, sin embargo, en caso de promulgarse la misma puede decirse que el principio que consagró continuaría en vigencia conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, que regulan la acción de inconstitucionalidad de las leyes y el poder cautelar amplio de la Sala Constitucional. Esa acción, conforme al artículo 23.5 de la Ley Orgánica de Amparo sancionada en 2014, sin duda, tendría que considerarse que es la vía procesal existente e idónea para enervar las lesiones constitucionales aducidas producidas por una ley, que podría incluso a conducir a la declaratoria de su nulidad, razón por la cual ello haría inadmisibile que se pudiera intentar una acción de amparo contra una ley que se considere lesiva de un derecho fundamental.

En estos casos, la pretensión de amparo constitucional contra una ley debe formularse junto con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de carácter normativo²⁷, la cual se ejerce ante la Jurisdicción Constitucional, es decir, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 336 de la Constitución y artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010), y que procede contra las leyes nacionales y demás actos normativos de la Asamblea Nacional que se dicten en ejecución directa de la Constitución (Reglamento Interior y de Debates, por ejemplo); contra las leyes estatales, las Ordenanzas Municipales y contra los demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados o Municipios dictados en ejecución directa de la Constitución; contra los actos ejecutivos normativos dictados en ejecución directa de la Constitución, con igual rango y valor que las leyes, como serían los decretos leyes y los actos de gobierno normativos.

En los casos de formulación de una pretensión de amparo junto con la acción popular de inconstitucionalidad, dado el carácter cautelar de la pretensión, en el pronunciamiento de amparo por supuesto que no se seguiría el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Amparo²⁸; es decir, como lo resolvió la antigua Corte Plena en sentencias de 8 de junio de 1988, 11 de octubre de 1988 y 4 de abril de 1989 (aun cuando refiriéndose a la Ley Orgánica de 1988), en estos casos, la decisión de la Corte se concreta en un pronunciamiento breve y previo dictado antes del fallo definitivo, sin que se tenga que seguir todo el procedimiento establecido en la Ley Orgánica, como por ejemplo, la solicitud del informe correspondiente, la realización de la audiencia pública y oral, y la citación del Ministerio Público²⁹. Y dicho pronunciamiento

²⁷ El carácter *normativo* del acto estatal se ha destacado por antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, en sentencia del 2 de mayo de 1991, *Revista de Derecho Público*, N° 46, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, pp. 119-120.

²⁸ Véase sentencia de la Corte Plena de 14 de enero de 1993, caso Gruber Odreman. (consultada en original).

²⁹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 38, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana,

es precisamente una medida cautelar, por ejemplo, de suspensión de los efectos de la ley o norma impugnada conforme a los amplísimos poderes cautelares de que dispone la Sala, «como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto» (art. 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

La antigua Corte Plena, en su sentencia de 14 de enero de 1993 (caso Gruber Odreman) precisó que «el amparo contra normas intentado conjuntamente con un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, tiene el efecto de una medida cautelar dentro de este procedimiento»³⁰. Esta medida cautelar, con efectos mientras dure el juicio de nulidad, consiste en la posibilidad para la el Tribunal Supremo, si lo estima procedente, de suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta que se alega, lo que equivale decir, como lo señaló la antigua Corte Plena, «que el juez evitará el menoscabo de derechos o garantías de rango constitucional producido por la ejecución o aplicación, en el caso concreto alegado, de alguna disposición impugnada de inconstitucional mientras dure el juicio principal»³¹.

290

Por otra parte, la decisión que adopte la Sala Constitucional «ha de hacerse de manera previa y sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto debatido y debe resolverse en forma breve y sumaria *sin participación de los interesados*»³² y además, inmediatamente.³³

1989, p. 105, y N° 39, 1989, p. 128. Véase además sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 5 de mayo de 1993, *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 226.

³⁰ Consultada en original.

³¹ Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de 27 de abril de 93, en *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 222 (caso Coopervolta).

³² Véase sentencia antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 11 de febrero de 1992, *Revista de Derecho Público*, N° 49, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 120.

³³ Véase sentencia antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de

Esta suspensión de efectos de la norma, de carácter cautelar, en principio se refiere a la aplicación de la norma a la situación jurídica concreta cuya violación se alega³⁴; por tanto, la decisión cautelar en principio debería tener efectos *inter partes*, en relación al accionante agraviado³⁵, quedando la decisión de extender los efectos *erga omnes*, enteramente en manos de la Sala Constitucional, según el interés e importancia constitucional del asunto planteado.

4.2 La formulación de la pretensión de amparo junto con las acciones contenciosas administrativas

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo de 1988, que también se buscó derogar con la reforma sancionada en 2014, luego de precisar la posibilidad de que se pueda intentar la acción de amparo contra los actos administrativos de efectos particulares, agrega que:

Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el juez contencioso administrativo competente, si lo hubiese en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio.

291

19 de noviembre de 1992, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 137.

³⁴ Véase sentencia antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 2 de mayo de 1991, *Revista de Derecho Público*, N° 46, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 120.

³⁵ Véase sentencias antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 6 de agosto de 1991, *Revista de Derecho Público*, N° 47, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 119 y de 6 de agosto de 1992, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 138.

En relación con esta norma, aun cuando como se dijo, también se buscó eliminar de la normativa de la Ley Orgánica sancionada en 2014, sin embargo, puede decirse que el principio derivado de la misma sigue vigente, al considerarse que la acción contencioso administrativa de anulación es precisamente la vía procesal idónea para formular la pretensión de amparo contra un acto administrativo y enervar la lesión constitucional.

Sobre el tema, debe recordarse que dicha norma de la Ley Orgánica de 1988 fue objeto de un proceso de interpretación jurisprudencial progresivo de gran importancia, y que superó el concepto errado inicial de la «acumulación» de dos acciones que; sin embargo, por tener procedimientos distintos, seguían cursos procesales paralelos, como fue la tendencia que surgió de muchas decisiones iniciales, hasta llegar a la consideración en estos casos, del amparo como una pretensión subordinada a la acción contencioso administrativa que es la principal, consistiendo el amparo, en estos casos, en una mera medida cautelar durante el juicio de nulidad.

292

Este fue el espíritu que siguió el legislador, que fue interpretado cabalmente en la ya mencionada y comentada sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de 10 de julio de 1991 (caso Tarjetas Banvenez), y que se siguió en las decisiones judiciales posteriores, y que en nuestro criterio no se modificaría por el hecho de que en la reforma de la Ley Orgánica sancionada en 2014 se hubiera propuesto eliminar la previsión del artículo 5 de la Ley Orgánica de 1988.

En efecto, al contrario, de promulgarse la reforma de 2014, el criterio seguiría vigente en las previsiones de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, conforme a las cuales la acción contencioso administrativa de anulación o contra las omisiones de la Administración (art. 9) es la vía procesal idónea para enervar las lesiones constitucionales aducidas en los términos del artículo 23.5 de la Ley Orgánica de Amparo sancionada en 2014, y que si existe hace improcedente la acción de amparo.

En estos casos, la formulación de la pretensión de amparo junto con la acción contencioso administrativa³⁶, pone en movimiento los amplísimos poderes cautelares de los cuales dispone el juez contencioso administrativo conforme al artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para «dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo ordenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa». Precisamente por ello, la misma Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa regula en sus artículos 103 y siguientes, el «procedimiento que regirá la tramitación de las medidas cautelares, *incluyendo las solicitudes de amparo constitucional cautelar*» (art. 103).

Por ello, la formulación de la pretensión de amparo junto con la acción contencioso administrativa de nulidad de actos administrativos no implica fórmula sacramental alguna³⁷ y, por supuesto, no impide el que pueda formularse la pretensión de amparo incluso al reformarse el libelo de la acción de anulación.

En estos casos de ejercicio de la pretensión de amparo con el recurso contencioso administrativo, la decisión en el caso de la pretensión de amparo constitucional la misma tiene carácter cautelar, no

³⁶ Véase sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 21 de mayo de 1991 y del 11 de marzo de 1993, en *Revista de Derecho Público*, N° 46. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 159; y *Revista de Derecho Público*, N°s 53-54, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 231; y, sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa del 17 de noviembre de 1988, en FUNEDA, *15 años de Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 1977-1992, Amparo Constitucional*, Caracas, 1994, p. 233; y del 7 de setiembre de 1991, *Revista de Derecho Público*, N° 47, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 169.

³⁷ Véase Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa de 9 de setiembre de 1991, en FUNEDA, *15 años de Jurisprudencia. Op. cit.*, p. 222.

incidiendo inmediatamente en la anulación, que es el fondo del asunto debatido³⁸; y los efectos de la misma consisten en el caso de que la acción principal sea un recurso de nulidad de un acto administrativo, básicamente en la suspensión de los efectos del mismo mientras dure el juicio de nulidad³⁹, sin que por esta vía se puedan crear derechos⁴⁰. La decisión, por otra parte, dado su carácter cautelar, se puede adoptar *inaudita parte*⁴¹. Por ello, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa señaló que la suspensión de efectos del acto administrativo decidida en los casos de ejercicio conjunto, tiene una naturaleza cautelar similar a la suspensión de efectos regulada en el artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976⁴². Sin embargo, la propia jurisprudencia fue admitiendo que la medida de suspensión de efectos del acto administrativo, no siempre era suficiente para la protección constitucional⁴³, admitiéndose

³⁸ Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 3-10-91, en *Revista de Derecho Público*, N° 48, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 164; y sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 21 de setiembre de 1993, en *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 365.

³⁹ Véase sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 14 de agosto de 1991. *Revista de Derecho Público*, N° 47, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 174; del 3 de octubre de 1991 y del 5 de diciembre de 1991, *Revista de Derecho Público*, N° 48, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, pp. 164 y 167 del 11 de marzo de 1993, *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 351; y sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 3 de diciembre de 1991, *Revista de Derecho Público*, N° 48, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 166.

⁴⁰ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 20 de junio de 1991, *Revista de Derecho Público* N° 46, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 156.

⁴¹ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 27 de setiembre de 1993, en *Revista de Derecho Público*, N°s 55-56, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 475.

⁴² Sentencia del 13 de diciembre de 1990, en *Revista de Derecho Público*, N° 45, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 149.

⁴³ Ver también sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 21

como lo indicó la antigua Corte Suprema en sentencia de 18 de junio de 1991, que la medida cautelar de amparo constitucional, «dada su naturaleza, no se limita al simple levantamiento de la eficacia del acto sino que tiene un efecto más complejo y variado, por cuanto puede detener la realización de ciertas conductas e impedir que las mismas se consoliden»⁴⁴.

Por ello, la antigua Corte Suprema reconoció que el juez contencioso administrativo, cuando conoce de una pretensión de amparo formulada como «amparo constitucional cautelar» junto con un recurso contencioso administrativo, tiene, como se regula en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 (art. 4), los más amplios poderes cautelares, señalando:

En caso, pues, de que el juez de amparo considere que existen motivos para prever que se están dando o puedan producirse lesiones a derechos o garantías de rango constitucional, dispone –mientras se produce decisión del juicio principal– de las más amplias facultades para salvaguardarlos o protegerlos, ya sea suspendiendo los efectos del acto impugnado, ordenando la realización o el cese de una actuación o cualquier otra medida legalmente consagrada que considere acorde con y adecuada a la protección constitucional en el caso concreto.⁴⁵

295

Ahora bien, a pesar de estos poderes cautelares, en ciertas decisiones la antigua Corte Suprema fue cautelosa en acordar la suspensión de efectos de actos negativos o denegatorios impugnados en vía contencioso-administrativa con pretensión de amparo, pues ello supuestamente convertía al juez contencioso administrativo «no en reparador de los daños que el acto genera, sino en otorgante en sede jurisdiccional y con

de julio de 1992, *Revista de Derecho Público*, N° 51, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 212.

⁴⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 46, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 158.

⁴⁵ Véase sentencia de 19 de noviembre de 1992, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 227.

carácter previo, de la pretensión ante la Administración, lo cual convertiría la decisión del juez de amparo en constitutiva del derecho, que no en reparadora de la lesión aducida»⁴⁶.

Por otra parte, debe señalarse que el carácter cautelar de la decisión que se adopte en cuanto a la pretensión de amparo en un juicio de nulidad de un acto administrativo, la hace esencialmente temporal, sometida al pronunciamiento final que se emita en el juicio principal.⁴⁷ Las medidas cautelares, que tienen por finalidad evitar que se produzcan violaciones de derechos constitucionales mientras se tramita el juicio principal, permiten al juez hacer pleno uso de sus poderes de ejecución del mandamiento dictado.⁴⁸

En nuestro criterio, en líneas generales, la Ley Orgánica de Amparo sancionada en 2014 sigue la misma orientación al prescribir el carácter extraordinario y subsidiario de la acción de amparo, pues para que la misma pudiera ser procedente en materia de actuaciones u omisiones administrativas impondría siempre, primero, la necesidad de agotar previamente las vías procesales existentes que fueran idóneas y adecuadas para asegurar la protección constitucional, es decir, para enervar las lesiones constitucionales aducidas o para restituir y salvaguardar el derecho lesionado o amenazado, que es precisamente la acción contencioso administrativa; y segundo, solo si dichos medios procesales existentes «no resulten adecuados para restituir o salvaguardar el

⁴⁶ Sentencia de la Sala Político Administrativa de 4 de diciembre 1991, en *Revista de Derecho Público*, N° 48, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991, pp. 167-168. Criterio ratificado en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 14 de enero de 1992, *Revista de Derecho Público* N° 49, , Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 147.

⁴⁷ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 29 de julio de 1993, *Revista de Derecho Público*, N°s 55-56, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 47.

⁴⁸ Véase antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencias del 22 de noviembre de 1990 y del 2 de junio de 1993, en *Revista de Derecho Público*, N°s 53-54, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 369.

derecho lesionado o amenazado» (arts. 12 y 14), es que entonces podría intentarse una acción de amparo.

4.3 La formulación de la pretensión de amparo con otras vías procesales idóneas, como por ejemplo, en materia penal, junto con las solicitudes de nulidad absoluta de actuaciones procesales (amparo penal)

Por último, la pretensión de amparo también puede formularse junto con otras vías procesales establecidas en el ordenamiento jurídico en los diversos procesos, que sean idóneas para enervar las lesiones constitucionales aducidas, de manera que si estas existen, la acción de amparo sería improcedente no solo conforme al artículo 23.5 de la Ley Orgánica sancionada en 2014, sino como se trata de actos judiciales, conforme al artículo 12 de la misma Ley que dispone que la acción de amparo constitucional contra decisión u omisión judicial solo sería procedente, «cuando se hayan agotado todos los medios procesales existentes, o que los mismos no resulten adecuados para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado».

297

Sobre esta posibilidad, la antigua Corte Suprema también se había referido en la misma sentencia del caso Tarjetas Banvenez (10 de julio de 1991), indicando que en estos casos, en el proceso concreto, la decisión del amparo incluso podía tener carácter anulatorio de actuaciones procesales⁴⁹. Este es precisamente, por ejemplo, el caso la solicitud de nulidad absoluta de actuaciones procesales previstas en el artículo 191 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), que puede formularse en el proceso procesal penal, ante el mismo juez de la causa, en caso de violaciones a derechos y garantías constitucionales, y cuyo objeto es depurar el proceso penal generalmente antes de que pase a la fase de juicio.

⁴⁹ Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 3 de agosto de 1889, *Revista de Derecho Público*, N° 39, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1989, p. 136.

En efecto, en el proceso penal, en el marco constitucional de protección de derechos y garantías constitucionales, el COPP le atribuye a los jueces de control la obligación de «hacer respetar las garantías procesales» (art. 64); a los jueces de la fase preliminar, la obligación de «controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en este Código, en la Constitución de la República, tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República» (art. 282); y también en general, a los jueces de control, durante las fases preparatoria e intermedia, «la obligación de respetar las garantías procesales» (art. 531).

Ahora bien, a los efectos de lograr el ejercicio del control judicial efectivo respecto de la observancia de los derechos y garantías constitucionales, el COPP estableció lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha denominado como un «amparo penal» que es la solicitud o recurso de nulidad absoluta de actuaciones procesales⁵⁰, que se encuentra regulada en el capítulo II («De las nulidades») del Título VI («De los Actos Procesales y las Nulidades»), y que se puede formular por cualquiera de las partes respecto de los actos y actuaciones fiscales y judiciales que puedan haber *violado los derechos y garantías constitucionales*; se puede formular en cualquier estado y grado del proceso siempre que sea antes de dictarse sentencia definitiva; y el juez está obligado a decidirla de inmediato, es decir, perentoriamente, en el lapso de tres días siguientes como lo dispone el artículo 177 del Código Orgánico, sin que se establezca oportunidad preclusiva única para ser decidido⁵¹.

⁵⁰ Véase por ejemplo, Sentencia N° 1453 de la Sala Constitucional de 10 de agosto de 2001, caso Pedro Emanuel Da Rocha Almeida, y otros. Véase en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1453-100801-01-0458.htm>>.

⁵¹ Sentencia N° 205 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2009, caso Manuel Antonio Sánchez Guerrero y otros. Véase en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/mayo/205-14509-2009-C09-121.html>>; y la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en Sentencia N° 2061, caso Edgar Brito Guedes, de 05 de noviembre de 2007. Véase en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2061-051107-07-1322.htm>>.

Para caracterizar este «amparo penal», el artículo 190 del COPP establece el principio general de que «los actos cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, la Constitución de la República, las leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República» cuando estén viciados de nulidad absoluta, en ningún caso pueden ser apreciados «para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella;» considerándose como «nulidades absolutas» en el artículo 191, precisamente aquellas «que impliquen *inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en este Código, la Constitución de la República, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República*». Los actos o actuaciones viciadas de nulidad absoluta no pueden siquiera ser saneados (art. 193), ni pueden ser convalidados (art. 194), siendo no solo una potestad sino una obligación del juez penal, conforme al artículo 195 («el juez deberá»), el «declarar su nulidad por auto razonado o señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva, de oficio o a petición de parte».

299

Dejando aparte la actuación de oficio, el COPP consagra en estas normas una solicitud o recurso formal en cabeza de las partes en el proceso penal para requerir del juez penal («a petición de parte»), que cumpla con su obligación de declarar la nulidad absoluta de las actuaciones fiscales o judiciales que sean violatorias de los «derechos y garantías fundamentales previstos en este Código, la Constitución de la República, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República», que el propio COPP declara como viciadas de nulidad absoluta, y por tanto, no subsanables ni convalidables. Por ello, precisa el COPP que «tal declaratoria» no procede «por defectos insustanciales en la forma,» por lo que solo pueden «anularse las actuaciones fiscales o diligencias judiciales del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaratoria de nulidad» (art. 195).

Sobre esta solicitud o «recurso de nulidad», además, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, también ha precisado que en el actual proceso penal, «ha sido considerada como una verdadera sanción procesal –la cual puede ser declarada de oficio o a instancia de parte– dirigida a privar de efectos jurídicos a todo acto procesal que se celebra en violación del ordenamiento jurídico-constitucional», señalando que «la referida sanción conlleva suprimir los efectos legales del acto írrito»⁵². Por su parte, también sobre este «recurso de nulidad», la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de fecha 11 de enero de 2002⁵³, fijó sus características destacando la estrecha vinculación entre el artículo 190 del Código Orgánico Procesal Penal y el artículo 48.8 de la Constitución «donde se advierte la posibilidad de solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación viciada por error judicial, retardo u omisión justificada. Lo cual significa que aquellos actos de fuerza, usurpación, así como los ejercidos en franca contrariedad a la ley, acarrear ineficacia, nulidad de lo actuado y responsabilidad individual del funcionario». La Sala explicó así, en Sentencia N° 3 de fecha 11 de enero de 2002, que este «principio de nulidad» forma parte «de las reglas mínimas que sustentan el debido proceso», y está fundamentado en la existencia de las nulidades absolutas, no convalidables (absolutas), «las cuales son denunciabiles en cualquier estado y grado del proceso, pues afectan la relación jurídica procesal», y como tales «tanto las partes y el juez deben producir la denuncia de la falta cometida a objeto de imponer el correctivo». En estos casos, ha dicho la Sala, el COPP regula las nulidades absolutas por

⁵² Sentencia 880 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional del 29 de febrero de 2001, caso William Alfonso Ascanio. Véase en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/880-290501-01-0756%20.htm>>. En igual sentido la sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 32 de 10 de febrero de 2011, caso Juan Efraín Chacón. Véase en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/febrero/032-10211-2011-N10-189.html>>.

⁵³ Véase caso Edwin Exequiel Acosta Rubio y otros, en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/enero/003-110102-010578.htm>>.

violaciones constitucionales «de manera abierta, solo atendiendo a la infracción de garantías constitucionales y aquellas que se encontraren planteadas por la normativa internacional de los derechos humanos, en cuyo caso se debe proceder a la nulidad de los actos procesales»; razón por la cual «la nulidad bajo este régimen abierto que contempla el Código Orgánico Procesal Penal puede ser planteada a instancia de partes o aplicadas de oficio en cualquier etapa o grado del proceso por quien conozca de la causa»⁵⁴.

Por otra parte, el COPP establece además, en su artículo 195 que «el auto que acuerde la nulidad» en los casos de nulidad absoluta, debe ser un auto razonado en el cual se señale «expresamente la nulidad en la resolución respectiva», y en el mismo, se debe «individualizar plenamente el acto viciado u omitido», y se debe determinar «concreta y específicamente, cuáles son los actos anteriores o contemporáneos a los que la nulidad se extiende por su conexión con el acto anulado,» así como «cuáles derechos y garantías del interesado afecta, cómo los afecta». El COPP, igualmente regula los efectos del auto judicial mediante el cual se decida el «recurso de nulidad», indicando que «la nulidad de un acto, cuando fuere declarada, conlleva la de los actos consecutivos que del mismo emanaren o dependieren». Además, precisa el COPP que «la declaración de nulidad no podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, salvo cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía establecida en su favor» (art. 196).

En consecuencia, la decisión del juez a los efectos de declarar la nulidad de actos fiscales o judiciales violatorios de derechos y garantías constitucionales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 190 a 196 del COPP, puede ser adoptada en todo estado y grado del proceso, cuando la denuncia de nulidad se formule, en el lapso general de tres días siguientes a la formulación de la petición conforme al artículo 177 del COPP, y la misma no está restringida legalmente a que solo pueda

⁵⁴ *Ibid.*

ser dictada exclusivamente en alguna oportunidad procesal precisa y determinada, como sería por ejemplo, en la audiencia preliminar. Y no podría ser así, pues como se ha dicho, la petición de nulidad se puede intentar en cualquier etapa y grado del proceso. Ello lo ha confirmado la Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 32 de 10 de febrero de 2011⁵⁵, al señalar que la única exigencia en cuando a la solicitud de nulidad absoluta es que su *pedimento se debe formular «con anterioridad al pronunciamiento de la decisión definitiva;»* y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en Sentencia N° 201 del 19 de febrero de 2004 al señalar también que: «el recurso de nulidad se admite únicamente para que sea decidido por el sentenciador antes de dictar el fallo definitivo; y, por lo tanto, con la decisión judicial precluye la oportunidad para solicitar una declaratoria de tal índole, pedimento que sería intempestivo [...]»⁵⁶.

302

De todo lo anteriormente expuesto, resulta, por tanto, que conforme al COPP, intentado un recurso de nulidad o amparo penal por violación de derechos y garantías constitucionales o de las consagradas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, no se exige en forma alguna que el auto declarativo de nulidad absoluta de actuaciones fiscales o judiciales, solo pueda dictarse en alguna audiencia judicial y menos en la audiencia preliminar. Al contrario, la decisión puede dictarse de oficio o a solicitud de parte en cualquier momento del proceso, pues la naturaleza constitucional de la violación denunciada y la nulidad absoluta que conlleva, obligan al juez a decidir cuando la misma se formule mediante un recurso de nulidad interpuesto por parte interesada, o cuando el propio juez la aprecie de oficio. Por tanto, conforme a

⁵⁵ Véase sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 32 de 10 de febrero de 2011, caso Juan Efraín Chacón. Véase en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/febrero/032-10211-2011-N10-189.html>>.

⁵⁶ Citada por la misma sentencia de Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 32 de 10-02-2011. Véase en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/febrero/032-10211-2011-N10-189.html>>.

los artículos 177 y 190 y siguientes del COPP, el juez no tiene que esperar una oportunidad procesal específica para adoptar su decisión, y está obligado a decidir de inmediato, perentoriamente, en el lapso de los tres días siguientes que prescribe el artículo 177 del COPP y además, por la obligación que tiene de darle primacía a los derechos humanos.

Todo ello se confirmó en las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de fecha 20 de julio de 2007⁵⁷ que cita la anterior Sentencia 256/2002, caso Juan Calvo y Bernardo Priwin, en la cual se afirmó que «Para el proceso penal, el juez de control durante la fase preparatoria e intermedia hará respetar las garantías procesales, pero el COPP no señala una oportunidad procesal para que se pida y se resuelvan las infracciones a tales garantías, lo que incluye las transgresiones constitucionales, sin que exista para el proceso penal una disposición semejante al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, ni remisión alguna a dicho Código por parte del Código Orgánico Procesal Penal». Por ello, la Sala consideró que la decisión la debe adoptar el juez dependiendo de la etapa procesal en que se formule, de manera que si «se interpone en la fase intermedia, el juez puede resolverla bien antes de la audiencia preliminar o bien como resultado de dicha audiencia, variando de acuerdo a la lesión constitucional alegada,» lo que significa que si hay lesiones que infringen «en forma irreparable e inmediata la situación jurídica de una de las partes,» el juez debe decidir a de inmediato, antes de la audiencia preliminar. Solo si la «nulidad coincide con el objeto de las cuestiones previas, la resolución de las mismas debe ser en la misma oportunidad de las cuestiones previas; es decir, en la audiencia preliminar»⁵⁸.

⁵⁷ Véase Sentencia 1520 de la Sala Constitucional de 20 de julio de 2007, caso Luis Alberto Martínez González. Véase en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1520-200707-07-0827.html>>.

⁵⁸ Véase Sentencia 256 de la Sala Constitucional, caso Juan Calvo y Bernardo Priwin, del 14 de febrero de 2002. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/256-140202-01-2181%20.htm>>.

Lo cierto es que en esta materia, como en todo lo que concierne al derecho de amparo, en caso de solicitudes de nulidad absoluta por violaciones de derechos y garantías constitucionales, el juez penal está en la obligación de darle preeminencia a los derechos humanos, y privilegiar la decisión sobre las denuncias de nulidades absolutas por violación de los derechos y garantías constitucionales, decidiendo de inmediato las solicitudes de nulidad fundados en dichas violaciones, sin dilaciones y con prevalencia sobre cualquier otro asunto. Ello, por lo demás, deriva de las previsiones de la propia Constitución, conforme a la doctrina sentada por las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según la cual, en Estado Constitucional o Estado de Derecho y de Justicia, la dignidad humana y los derechos de la persona tienen una posición preferente, lo que implica la obligación del Estado y de todos sus órganos a respetarlos y garantizarlos como objetivo y finalidad primordial de su acción pública. Ello ha sido decidido así, por ejemplo, en Sentencia N° 224 del 24 de febrero de 2000 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (ponente Carlos Escarrá Malaver), al afirmarse sobre «la preeminencia de la dignidad y los derechos humanos» constituyendo estos últimos, «el sistema de principios y valores que legitiman la Constitución,» que garantizar «a existencia misma del Estado,» y que «tienen un carácter y fuerza normativa, establecida expresamente en el artículo 7 de la Constitución», lo que «conlleva la sujeción y vinculatoriedad de todos los órganos que ejercen el Poder Público impregnando la vida del Estado (en sus aspectos jurídico, político, económico y social)». De acuerdo con la Sala, ese «núcleo material axiológico, recogido y desarrollado ampliamente por el Constituyente de 1999, dada su posición preferente, representa la base ideológico que sustenta el orden dogmático de la vigente Constitución, imponiéndose al ejercicio del Poder Público y estableciendo un sistema de garantías efectivo y confiable,» de lo que concluyó la Sala afirmando que «todo Estado Constitucional o Estado de Derecho y de Justicia, lleva consigo la posición preferente de la dignidad humana y de los derechos de la persona, la obligación del Estado y de todos sus ór-

ganos a respetarlos y garantizarlos como objetivo y finalidad primordial de su acción pública;» agregando que «la Constitución venezolana de 1999 consagra la preeminencia de los derechos de la persona como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico y también refiere que su defensa y desarrollo son uno de los fines esenciales del Estado». De otra sentencia de la misma Sala Constitucional N° 3215 de 15 de junio de 2004, la Sala Constitucional concluyó señalando que en Venezuela, «la interpretación constitucional debe siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los derechos humanos, el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de la constitucionalidad»⁵⁹.

Precisamente por esta primacía y preeminencia de los derechos humanos, el juez penal, al conocer del recurso de nulidad, actúa como juez constitucional para controlar la constitucionalidad de las actuaciones fiscales y judiciales. Como lo ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, «el recurso de nulidad en materia adjetiva penal, se interpone cuando en un proceso penal, las partes observan que existen actos que contraríen las formas y condiciones previstas en dicho Código Adjetivo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales, suscritos por la República, en donde el juez penal, una vez analizada la solicitud, o bien de oficio, procederá a decretar la nulidad absoluta o subsanará el acto objeto del recurso»⁶⁰; concluyendo, en Sentencia 256 de 14 de febrero de 2002 (caso Juan Calvo y Bernardo Priwin) que «la inconstitucionalidad de un acto procesal –por ejemplo– no requiere necesariamente de una (acción de) amparo, ni de un juicio especial para que se

⁵⁹ Sentencia N° 3215 de la Sala Constitucional del 15 de junio de 2004 Interpretación del artículo 72 de la Constitución, en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/1173-150604-02-3215.htm>>.

⁶⁰ Sentencia N° 1453 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional del 10-08-2001, Expediente 01-0458, en *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Óscar R. Pierre Tapia, N° 8, Año II, agosto, 2001.

declare, ya que dentro del proceso donde ocurre, el juez, quien es a su vez un tutor de la Constitución, y por lo tanto en ese sentido es juez constitucional, puede declarar la nulidad pedida»⁶¹. Esto lo repitió la Sala Constitucional en sentencia 1520 de 20 de julio de 2007 al señalar:

Por otra parte, en sentencia de esta Sala 256/2002, caso Juan Calvo y Bernardo Priwin, se indicó que las nulidades por motivos de inconstitucionalidad (como lo sería el desconocimiento de derechos de rango constitucional) que hayan de ser planteadas en los diferentes procesos judiciales, *no necesariamente deben ser presentadas a través de la vía del (la acción de) amparo constitucional*, pues en las respectivas leyes procesales existen las vías específicas e idóneas para la formulación de las mismas, y que en el caso del proceso penal dicha vía procesal está prevista en los artículos 190 y 191 *eiusdem*.⁶²

306

Todo lo anterior fue además objeto de una *interpretación vinculante* establecida por la Sala Constitucional conforme al artículo 335 de la Constitución en sentencia 221 del 4 de marzo de 2011⁶³, «sobre el contenido y alcance de la naturaleza jurídica del instituto procesal de la nulidad», dictada en virtud del «empleo confuso que a menudo se observa por parte de los sujetos procesales en cuanto a la nulidad de los actos procesales cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la ley». En dicha sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo resolvió, citando su anterior sentencia 1228 de fecha 16 de junio de 2005, caso Radamés Arturo Graterol Arriechi, que la solicitud de nulidad absoluta no está concebida por el legislador dentro del COPP «como un medio recursivo ordinario, toda vez

⁶¹ Sentencia N° 256 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional del 14 de febrero de 2002, Expediente 01-2181, en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/256-140202-01-2181%20.htm>>.

⁶² Sentencia N° 1520 del 20 de julio de 2007 en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1520-200707-07-0827.htm>>.

⁶³ Caso Francisco Javier González Urbina y otros, en: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/221-4311-2011-11-0098.html>>.

que va dirigida fundamentalmente a *sanear los actos procesales cumplidos en contravención con la ley, durante las distintas fases del proceso* –artículos 190 al 196 del Código Orgánico Procesal Penal– y, por ello, es que el propio juez que se encuentre conociendo de la causa, debe declararla de oficio». Agregó la Sala para reforzar que el conocimiento de la solicitud de nulidad corresponde al juez de la causa, que «no desconoce el derecho de las partes de someter a la revisión de la alzada algún acto que se encuentre viciado de nulidad, pero, esto *solo es posible una vez que se dicte la decisión que resuelva la declaratoria con o sin lugar de la nulidad* que se solicitó, pues contra dicho pronunciamiento es que procede el recurso de apelación conforme lo establecido en el artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal»⁶⁴.

En definitiva, la petición de nulidad absoluta por violación de derechos y garantías judiciales, en el régimen del COOP es en sí misma una pretensión de amparo («amparo penal»), especialísima en el campo penal, que el juez está obligado a decidir en el lapso brevísimo de tres días como lo exige el artículo 177 del COPP, sin necesidad de que las partes o el acusado estén presentes, estándole además al juez vedado el poder diferir la decisión del amparo constitucional o nulidad absoluta solicitada por violaciones constitucionales, para la oportunidad de celebración de la audiencia preliminar. Y si el juez lo hace, la Sala Constitucional ha considerado que ello constituye una violación indebida al debido proceso por parte del juez. Esta doctrina, en resumen, se ha ratificado en las siguientes sentencias:

1. La sentencia 2161 del 5 de setiembre de 2002 (caso Gustavo Enrique Gómez Loaiza), en la cual la Sala Constitucional expresó que «De la regulación de la nulidad contenida en los artículos 190 al 196 del Código Orgánico Procesal Penal, se colige que los actos procesales pueden adolecer de defectos en su conformación, por lo que las partes

⁶⁴ *Ibid.*

pueden atacarlos lo más inmediatamente posible –mientras se realiza el acto o, dentro de los tres días después de realizado o veinticuatro horas después de conocerla, si era imposible advertirlos antes– de conformidad con lo dispuesto en los artículos 192 y 193 *eiusdem*, precisamente, mediante una solicitud escrita y un procedimiento, breve, expedito, donde incluso se pueden promover pruebas, sino fuere evidente la constatación de los defectos esenciales, a fin de dejar sin efecto alguna actuación por inobservancia e irregularidad formal en la conformación de misma, que afecte el orden constitucional, siendo esta la hipótesis contemplada en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (equivalente al artículo 13 de la Ley Orgánica sancionada en 2014), cuando prevé que podrá intentarse la acción de amparo si algún órgano jurisdiccional dicte u ordene una resolución, sentencia o acto que lesione un derecho fundamental; esto es, que con tal disposición se busca la nulidad de un acto procesal, pero ya como consecuencia jurídica de la infracción, configurándose entonces una nulidad declarada mediante el amparo como sanción procesal a la cual refiere la doctrina supra citada». [...] Observamos así, que la nulidad solicitada de manera auténtica puede tener la misma finalidad del amparo accionado con fundamento en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es decir para proteger la garantías, no solo constitucionales, sino las previstas en los acuerdos y convenios internacionales⁶⁵.

2. La sentencia 349 del 26 de febrero de 2002 (caso Miguel Ángel Pérez Hernández y otros) en la cual la Sala Constitucional resolvió que: «La solicitud de nulidad es «un medio que, *además de preexistente, es indiscutiblemente idóneo para la actuación procesal, en favor de los intereses jurídicos cuya protección se pretende en esta causa; más eficaz, incluso, en términos temporales y de menor complejidad procesal que el mismo* (acción de) *amparo*, habida cuenta de que la nulidad es decidida conforme a las

⁶⁵ Véase: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/bre/2161-050902-01-0623.html>>.

sencillas reglas de los artículos 212 y 194 del Código Orgánico Procesal Penal»⁶⁶.

3. La sentencia 100 del 6 de febrero de 2003 (caso Leonardo Rodríguez Carabali), en la cual la Sala Constitucional sostuvo que en el caso «el accionante contaba con un *medio procesal preexistente, tanto o más idóneo, expedito, abreviado y desembarazado que la misma acción de amparo, como era, conforme al artículo 212 del antedicho Código, la solicitud de nulidad* de la misma decisión contra la cual ha ejercido la presente acción tutelar; pretensión esta que *debía ser decidida, incluso, como una cuestión de mero derecho, mediante auto que debía ser dictado dentro del lapso de tres días que establecía el artículo 194 (ahora 177) de la ley adjetiva*; vale decir, en términos temporales, *esta incidencia de nulidad absoluta tendría que haber en un lapso ostensiblemente menor que el que prevé la ley, en relación con el procedimiento de amparo [...]*»⁶⁷.

De todo lo anterior resulta, precisamente, que en materia penal, la solicitud de nulidad absoluta prevista en los artículos 190 y siguientes del COPP, es la vía procesal idónea para formular en el propio proceso penal la pretensión de amparo por violación de los derechos y garantías constitucionales, a los efectos de poder enervar las lesiones constitucionales aducidas en los términos del artículo 23.5 de la Ley Orgánica sancionada en 2014. Dicha pretensión de amparo formulada como solicitud de nulidad absoluta, contra vicios no subsanable, acorde con la inmediatez que requiere la protección constitucional, debe ser obligatoriamente decidida en el lapso breve de tres días previsto en el artículo 177 del COPP, como se ha dicho, sin que le sea permitido al juez diferir la decisión a la audiencia preliminar. Lo importante de la obligación del juez de decidir perentoriamente y depurar el proceso de inconstitucionalidades, es que si no lo hace, no solo no puede convocar la audiencia preliminar, sino que el juicio quedaría paralizado, sin que

⁶⁶ Véase: <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/349-260202-01-0696.html>>.

⁶⁷ *Ibid.*

exista remedio efectivo contra la inacción para lograr la decisión de nulidad. En estos casos, la posible acción de amparo que pudiera pensarse en intentar contra la inacción o abstención del juez de la causa, lo que podría conducir es a una orden del juez superior para que el juez omiso inferior decida sobre la nulidad absoluta, y nada más; lo que sería totalmente ineficaz para la protección constitucional solicitada que solo se podría satisfacer con la decisión sobre dicha nulidad o amparo solicitada. Esta inacción u omisión del juez de decidir, por otra parte podría conducir a la aplicación de sanciones disciplinarias contra el juez omiso, incluyendo su destitución, pero de nuevo, ello sería ineficaz para la resolución del tema de fondo que es la petición de nulidad o amparo constitucional y saneamiento del proceso.

5. Apreciación final

310

Como resulta de todo lo antes analizado, estando concebido el amparo en la Constitución de 1999 como un derecho fundamental de toda persona a ser amparada por los tribunales en sus derechos y garantías constitucionales, contra cualquier forma de lesión o amenaza de lesión de los mismos, dicho derecho no solo puede ejercerse mediante el ejercicio de una acción de amparo como la regulada en la Ley Orgánica de Amparo, sino mediante la formulación de una pretensión de amparo conjuntamente con otras vías procesales previstas en el ordenamiento jurídico que sean idóneas para enervar la lesión constitucional.

Tan ello es así que incluso, en los términos de la Ley Orgánica de Amparo sancionada en 2014, estas vías judiciales idóneas que podrían existir para enervar la lesión constitucional, distintas a la acción de amparo, son las que la persona agraviada está obligada a agotar primeramente antes de acudir a la vía de la acción de amparo, y solo cuando las mismas no existan es que la acción de amparo sería procedente; y tratándose de lesiones constitucionales producidas por actos judiciales o administrativos, la acción de amparo solo sería procedente cuando se hubiese efectivamente agotado todos los medios procesales existentes,

Sobre las diversas formas de ejercicio del derecho constitucional de amparo...

o se hubiesen determinado que los mismos no resulten adecuados para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado.

La Ley Orgánica sancionada en 2014, en esta materia de las formas de ejercicio del derecho de amparo, puede decirse que conforme con la previsión reguladora del derecho de amparo de la Constitución de 1999, que siguió la de la Constitución de 1961, aún con previsiones legales distintas, siguió la orientación que se había establecido en la Ley Orgánica de 1988.

**Breve semblanza del derecho, de las acciones y
de los procesos de amparo en la Argentina.
Pautas emergentes de la Constitución, del derecho
internacional de los derechos humanos, de la
legislación infraconstitucional y de su
Tribunal Nacional de Clausura**

✍ ÓSCAR RAÚL PUCCINELLI*

Sumario: 1. Introducción. El amparo como derecho, acción y proceso impuesto por el derecho internacional de los derechos humanos: del recurso «sencillo y rápido» o «efectivo» a las acciones y procesos constitucionales. 2. El amparo argentino. 2.1. Génesis pretoriana, constitucional y legal del instituto. 2.2. La doble fuente normativa (constitucional y convencional) del amparo argentino y sus consecuencias. 2.3. Los amparos «constitucionales» (individual, colectivo, de clase e informático) en su dimensión constitucional, legal y jurisprudencial. 2.3.1. Caracteres típicos. 2.3.2. Legitimación activa. 2.3.3. Legitimación pasiva. 2.3.4. Bienes jurídicos protegidos. 2.3.5. Las restricciones al amparo. 2.3.5.1. De fuente constitucional. 2.3.5.2. De fuente infraconstitucional. 2.4. Aspectos procesales básicos. 2.4.1. El amparo individual. 2.4.2. El amparo colectivo. 2.4.3. El «amparo de clase». 2.4.4. El hábeas data. 3. Conclusiones.

313

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires. Doctor honoris causa por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo (Cajamarca). Profesor adjunto en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional del Rosario. Juez de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Santa Fe, Argentina.

1. Introducción. El amparo como derecho, acción y proceso impuesto por el derecho internacional de los derechos humanos: del recurso «sencillo y rápido» o «efectivo» a las acciones y los procesos constitucionales

Tal como lo explica Bobbio, la vigencia de los derechos humanos requiere de ciertas características previas de libertad que propicien su desarrollo (esto es, condiciones jurídico-políticas y también económicas, sociales y culturales), y de una serie de recursos organizados o garantías específicas, en particular la protección judicial de los derechos¹.

Estos mecanismos tutelares de los derechos humanos son tan variados como superpuestos, y provienen tanto de la esfera nacional como de la internacional, pero parten de una misma idea común: existe un «derecho de amparo» o derecho a ser amparado frente a esas potenciales violaciones de los derechos², que a su vez se traduce en el reconocimiento de acciones específicas (muchas veces, pero no siempre, incorporadas expresamente en las normas de la más elevada alcurnia), a las que además se les suele adosar también ciertos procesos más o menos especializados que pueden o no abarcar más de una de esas acciones (*v. gr.*, el hábeas

¹ Cfr. CAZORLA PRIETO, Luis María y ALCUBILLA, Enrique Arnaldo. *Temas de Derecho constitucional y Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1988, p. 255.

² Aludiendo al sistema venezolano, explica BREWER-CARIÁS que «La Constitución, por tanto, no establece “una” acción o recurso de amparo, como un particular medio de protección judicial, sino un “derecho de amparo” o “derecho a ser amparado”, como derecho fundamental que se puede materializar y de hecho se materializa, a través de diversas acciones y recursos judiciales, incluso a través de una “acción autónoma de amparo” [...]. El *derecho* de amparo se traduce en una obligación de todos los tribunales de amparar la perturbación de los derechos y garantías, de conformidad con la ley [...], por tanto, puede garantizarse a través de *recursos* y *acciones* que están previstos en el ordenamiento (acciones de inconstitucionalidad de las leyes; inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales por los jueces; recurso contencioso administrativo; *régimen* del hábeas corpus) o a través de la *acción autónoma* de amparo [...]». BREWER-CARIÁS, Allan R. «El derecho de amparo en Venezuela», en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 21-23 y 52).

data peruano, que en su versión original permitía cubrir los derechos a la protección de los datos personales, de acceso a la información pública y de réplica y que apenas después de reconocido en la Constitución de 1993 fue constreñido a los dos primeros mencionados).

Esta distinción conceptual entre derecho, acción y proceso (en este caso, de amparo) no siempre se patentiza con claridad en las normas, pero forman parte de una secuencia lógica que en definitiva es la que lleva a reconocer constitucional y convencionalmente uno o más procesos (e incluso recursos) tendientes a garantizar eficaz y rápidamente la vigencia de los derechos esenciales.

En la esfera internacional, los medios tutelares de los derechos humanos se encuentran establecidos por el «derecho internacional clásico» y también –más específicamente– por el «derecho internacional de los derechos humanos», donde se destaca la existencia de diversos instrumentos internacionales que –además de reconocer un listado más o menos extenso de derechos–, cargan a los Estados parte con una serie de deberes que tienden no solo a promoverlos, sino también a establecer mecanismos internos efectivos para su tutela.

315

Las fórmulas utilizadas por tales normas internacionales refieren, con similar redacción, a que toda persona tiene derecho a ser amparada contra actos violatorios de sus derechos fundamentales mediante un «recurso efectivo»; un «recurso judicial efectivo», o un «recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes», de manera que –como bien se ha dicho–, a partir de la ratificación de la convención de que se trate, cada Estado asume una típica obligación de resultado, pues no es suficiente con que exista en el derecho interno la posibilidad abstracta de ejercitar un carril de este tipo, sino que es necesario que el mismo produzca los efectos deseados, esto es, que sea efectivo para proteger el bien jurídico tutelado³.

³ MONROY CABRA, Marco Gerardo. «Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana», en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. OEA, 1980, p. 69;

De esta forma, se concluye que tal remedio –cuyo concepto no debe entenderse limitado estrictamente al vocablo «recurso», sino más bien en el sentido de «proceso»– requiere gozar de una vigencia permanente⁴, y debe dotar a las personas de herramientas útiles para que los derechos contenidos en las normas no se tornen ilusorios de modo que, consecuentemente, se proyecten en la vigencia sociológica que constituye el fin último de estas normas internacionales. Se erige desde esta fuente, en síntesis, un deber para los Estados de contener en el ordenamiento interno un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que ampare a las personas que se encuentren en su jurisdicción, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en el instrumento internacional en cuestión (en ocasiones, como en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también se encuentran abarcados los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en las leyes internas). Haciendo un rápido *racconto* de las vías tutelares contenidas en las normas más emblemáticas de carácter internacional global, se destacan:

a) El art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce a toda persona el derecho a un recurso judicial efectivo,

citado por HITTERS, Juan C. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1991, tomo II, p. 163.

⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos solo prevé que todo Estado parte puede, bajo determinadas condiciones –y en lo que la doctrina denomina «estados de excepción»–, suspender temporalmente solo algunos de los derechos determinados en el Pacto, con lo cual la regla en tales circunstancias es la vigencia de los derechos de mayor jerarquía y la no suspensión de sus garantías.

En el caso europeo, el art. 13 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales establece que «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales», mientras que el art. 14 estatuye que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ha de ser asegurado sin distinciones.

que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

b) El art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que carga a los Estados partes en el Pacto con los compromisos de:

- Respetar y garantizar los derechos reconocidos sin distinciones basadas en los criterios tradicionalmente utilizados para las discriminaciones –en el sentido peyorativo de la palabra–;
- Adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto;
- Garantizar que toda persona pueda interponer un recurso efectivo, cuando hayan sido violados derechos o libertades reconocidos en el Pacto, y;
- Decidir sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollar las posibilidades de recurso judicial, cuya decisión deberá ser cumplida por las autoridades competentes.⁵

317

c) El art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, en similar línea –aunque sin disponer la exigencia de que se desarrolle un recurso efectivo para la protección de los derechos en él contenidos–, carga a cada uno de los Estados partes con el deber de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos por el Pacto, obligándolos asimismo a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁵ En este caso, la obligación está dirigida específicamente a la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista en el ordenamiento legal del Estado.

Ya en el campo de las normas regionales, y ciñéndonos al sistema regional americano, cabe mencionar:

a) El artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que reconoce el derecho de toda persona a ocurrir a la justicia para hacer valer sus derechos y a disponer de un procedimiento judicial sencillo y breve que la ampare contra los actos de autoridad que violen alguno de sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que además de realizar un catálogo bastante extenso de derechos en su primera parte⁶, dedica la segunda a proyectar una protección más concreta

⁶ Así, en la primera parte del pacto, se destacan:

- El art. 1, que compromete a los Estados partes de la Convención a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social;

- El art. 2, que establece que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter –lo cual, obviamente incluye a la sentencias judiciales, en especial las que puedan recaer sobre las acciones de garantía– que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades;

- El art. 7, que luego de reconocer que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales y de determinar los alcances respecto de la privación de la libertad física, menciona que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. Dispone, asimismo, que en los Estados partes cuyas leyes previesen que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad, el afectado tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza; que dicho recurso no puede ser restringido ni abolido, y que tales recursos podrán interponerse por sí o por otra persona;

- El art. 25, que reconoce a toda persona el 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 propia Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en

y acabada de estos, cuando diseña los organismos específicamente destinados al efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados parte del Pacto⁷.

De la mera lectura de las normas mencionadas puede observarse que la protección brindada desde el ángulo convencional regional avanza bastante más en su misión protectoria que la emergente de las previsiones globales, puesto, tanto en sus versiones americana como europea y africana, además de ser más detalladas, crean procesos transnacionales específicos que habilitan a los Estados parte, a sus propios órganos y a quienes se consideren damnificados por violaciones a los derechos reconocidos en la Convención, para provocar la intervención de los órganos específicamente diseñados en el pacto. En este sentido, en el sistema interamericano, se procura tal participación a los efectos de que:

a) Se expidan acerca de los alcances de los contenidos de la Convención (supuesto en el cual la solicitud debe provenir del Estado parte,

319

ejercicio de sus funciones oficiales. Compromete, asimismo, a los Estados partes a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso, y;

• El art. 27, que autoriza al Estado parte, en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del mismo, a adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Prohíbe, asimismo, la suspensión de algunos de los derechos (al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida; a la integridad personal; a no ser objeto de esclavitud o servidumbre; a la libertad de conciencia y religión; a la protección a la familia; al nombre; a la nacionalidad; y al respeto de los principios de legalidad y de retroactividad y de los derechos políticos) y de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

⁷ En la segunda parte de la Convención («Medios de la protección»), se establece el sistema tuitivo regional de los derechos, diseñando (entre los arts. 33 y 73) los órganos—la Corte y de la Comisión—, sus funciones, competencia y reglas de procedimiento.

como ocurre en las hipótesis en que se habilita la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana); o,

b) Sean ventilados y resueltos (amistosa o contenciosamente), los casos concretos en los cuales sea alegada la violación de los derechos protegidos, y, en caso de comprobarse la violación, se fijen las reparaciones directamente ejecutables en sede interna, a cargo del Estado parte condenado, las cuales pueden ser tanto de índole económica como de otro tipo, y que tiendan a compensar tanto a las personas damnificadas como a la propia comunidad en la cual se produjo la violación (*v. gr.*, la construcción de monumentos recordatorios, como fuera dispuesto por la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*).

Trasladando esos conceptos a la sede interna, todo Estado parte de estos instrumentos internacionales debe contar con uno o más mecanismos procesales, cualquiera sea su denominación, pero siempre a condición de que la tutela proporcionada sea integral, de modo que esas garantías judiciales operen rápida y eficazmente para evitar que se frustren los derechos fundamentales cuando las vías ordinarias previstas para protegerlos sean insuficientes en el caso concreto. En síntesis, cabe reconocer la existencia de una regla que establece que toda persona – física o jurídica– tiene que contar con un derecho que se traduzca en acción o acciones expeditas y que se despliegue en uno o más procesos abreviados (urgentes) que la pongan inmediatamente a resguardo de las violaciones de sus derechos esenciales ante situaciones que no admitan dilación; acciones y procesos que podrán recibir, técnicamente y como vimos, el nombre de «amparo» u otros, e incluso tener fisonomías distintas propias, pero que deberán siempre responder –mínimamente– al mismo concepto, y que cuando no tienen un reconocimiento legal o constitucional expreso, deben ser creados o perfeccionados pretorianamente so pena de incurrir en responsabilidad internacional⁸.

⁸ A pesar de que en la actualidad, la tendencia es consagrar constitucionalmente las garantías en forma expresa y por subtipos, muchas veces el reconocimiento es parcial o in-

En la actualidad, mecanismos de este tipo se encuentran reconocidos en forma expresa en las principales constituciones de occidente, en especial en las latinoamericanas –que presentan muy diversos matices y no en todos los supuestos cumplen con las características exigidas por las normas internacionales señaladas–, reglas que en definitiva partieron de la primera consagración del amparo en la Constitución mexicana de Yucatán⁹.

A modo de cierre de esta introducción cabe remarcar que aun cuando las vías internacionales poseen una importante aptitud protectoria de los derechos, las que la tienen en mayor medida –orgánica y temporalmente hablando y cuando son diseñadas para ser realmente eficaces–, son aquellas que se encuentran disponibles en las jurisdicciones locales, ya que no solo deben respetar, sino que, de ser factible deben mejorar, las condiciones mínimas que para los procesos internos de tutela de los derechos han sido fijadas por los instrumentos internacionales. A estas, en todo caso, le siguen en tal aptitud protectoria las vías propias de los pactos regionales sobre derechos humanos, para ubicarse, en última instancia, las del derecho internacional clásico¹⁰.

De este amplio menú de herramientas protectorias, ceñiremos este trabajo al análisis del medio regio local de protección de los derechos humanos, que en sus orígenes mexicanos se rotuló amparo

suficiente, circunstancia que permite una apertura no solo a la creación legal, sino también al reconocimiento o perfeccionamiento pretoriano, como ocurriera en el caso argentino, que primeramente creó el amparo en los *leading cases* «Siri» y «Kot», y medio siglo más tarde en «Halabi» dio vida a las acciones y a los procesos de clase, incluyendo, en definitiva, a la acción de clase en su versión de tutela de los derechos constitucionales.

⁹ Entre otras, en Sudamérica se refieren expresamente al amparo –aunque bajo distintas denominaciones–, las constituciones de Argentina (art. 43), Brasil (art. 5, N° XIX), Chile (art. 20), Colombia (art. 86), Paraguay (art. 134) y Perú (art. 200).

¹⁰ Especialmente en el caso americano, las vías regionales intervienen mucho tiempo después de producida la violación de los derechos tutelados, y, la mayoría de las veces, ante hechos largamente consumados.

aunque también ha recibido otras denominaciones¹¹, limitándonos al caso argentino.

2. El amparo argentino

2.1. Génesis pretoriana, constitucional y legal del instituto

En el orden constitucional argentino no hubo norma expresa respecto del amparo hasta la reforma de 1994¹², pero ello no impidió que -cuatro décadas antes- fuera reconocido pretorianamente por la Corte Suprema nacional como una garantía inferida del art. 33 (cláusula de los derechos implícitos), en dos señeras sentencias en las que, a partir de la figura del hábeas corpus, le dieron partida de nacimiento al amparo, primero contra actos de autoridad (caso Ángel Siri, 1957¹³) y luego contra actos de los particulares (caso Samuel Kot SRL, 1958¹⁴), sentándose en estas las siguientes máximas:

322

a) Basta la comprobación inmediata de restricción para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente («Siri»); y,

¹¹ Sin perjuicio de que este medio recibe distintas denominaciones como tutela (Colombia), acción de protección (Chile), *mandado de segurança* (Brasil), como lo explica FIX-ZAMUDIO: «El nombre de amparo se asocia con la tutela de los derechos humanos, y este es el origen hispánico de este vocablo, y además este fue el propósito con el cual se consolidó esta institución, con posterioridad a su establecimiento en la Constitución yucateca de 1841, en el Acta de Reformas (a la Constitución de 1824) de 1847, y en la Carta Federal de 1857». (FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos*, en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 253-254).

¹² Antes de la reforma mencionada, algunos estados federados lo habían incorporado en sus constituciones locales, destacándose como primera regulación la de la Constitución de la provincia de Santa Fe de 1921.

¹³ Fallos..., 239, 450.

¹⁴ Fallos..., 241, 291

b) Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo («Kot»).

Desde allí, el amparo fue rápidamente adquiriendo fisonomía propia, hasta que las múltiples dificultades derivadas de su falta de reglamentación motivaron que en 1966 y durante un gobierno de facto, se dictara la «ley» 16.986 –que por las restricciones que impuso al instituto fue denominada doctrinariamente «de desamparo»¹⁵, por medio de la cual se reguló el amparo solo contra acciones y omisiones lesivos de la autoridad, norma que se complementó un año más tarde con la regulación del amparo contra actos u omisiones lesivos provenientes de particulares, por intermedio de la Ley 17.454, que incorporó el instituto al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁶.

323

Además de estas normas principales, también fueron reconocidos algunos amparos especializados, adaptados a sus especiales objetos y que fueron reglados por normas de distintas fuentes. Como lo explica Sagüés, los diversos amparos regulados en la república antes de la reforma constitucional pueden sistematizarse del siguiente modo: a) general o común (Ley 16.986/66); b) contra actos de los particulares (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454); c) electoral (Código Nacional Electoral, Ley 19.945); d) por mora de la Administración (Ley de Procedimientos Administrativos 19.547 y 21.686); e) por

¹⁵ La circunstancia de haber sido solo prevista como acción contra autoridades públicas –así como otras, como el plazo de caducidad de quince días– es uno de los vestigios de la concepción del amparo como recurso.

¹⁶ Esta disímil regulación provocó que el amparo contra actos de particulares solo pudiera ser ejercido en la capital federal y en los territorios nacionales, dado que, por su inserción en un código procesal federal, no resultaba de aplicación directa en las provincias.

demora de la D.G.I. (Ley 11.683); f) por demora de la ANA (Código Aduanero, ley 22.415); g) laboral (art. 29 de la Constitución del Chaco y art. 62 de la Constitución de Santa Cruz); h) sindical (art. 47, Ley 23.551) e i) informático e informativo (hábeas data y réplica de las leyes 4444 de Jujuy y 2384 de Río Negro)¹⁷. Respecto de ellos, Rivas realiza una distinción, denominando «amparo proceso» a los amparos general y contra actos de los particulares; «amparos especiales» a los restantes; y además agrega otra categoría, la de «amparo recurso», en la que coloca al recurso extraordinario federal¹⁸.

En el plano jurisprudencial hubo avances interesantes, ya que precisamente la labor de los jueces –otra vez, aunque en este caso se trató de un juez de primera instancia– dio origen a un nuevo tipo de amparo: el amparo colectivo, a partir del renombrado caso Kattan, que fue admitido en 1983 en tutela de la fauna marina (las «toninas overas»), que se encontraba amenazada por una autorización concedida a acuarios japoneses para la pesca de 14 ejemplares de ellas¹⁹.

324

Las primigenias normas regulatorias del amparo general contra actos de autoridad y contra actos de particulares se mantuvieron for-

¹⁷ SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Acción de Amparo*, 4° ed., Buenos Aires: Astrea, 1995. t. 3, p. VII y ss.

¹⁸ Aclara además que «Si el amparo significa protección prometida, o posibilidad de lograrla, es indudable que el recurso extraordinario federal establecido por el art. 14 de la Ley 48, es una vía de esa naturaleza.

«Ello se entiende bien si se observa que está montada con el exclusivo fin –desde el punto de vista del justiciable– de lograr una adecuada aplicación de las garantías y los derechos emanados de la Constitución nacional, contra los errores o criterios de interpretación que los puedan afectar, en tanto provengan de los tribunales de provincia (a los cuales luego se agregarían otros órganos y tribunales nacionales). Se trata entonces de una seguridad, una tutela que se concede a los justiciables y significa nada menos que asegurar la intervención del poder nacional para que no vaya a serles vedada o restringida alguna de las prerrogativas a las cuales se tiene derecho según la Carta Magna» (ARMANDO RIVAS, Adolfo. *El amparo*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1990, pp. 405-406).

¹⁹ «Kattan, Alberto E. y otro c. Gobierno Nacional, Poder Ejecutivo», del 10 de mayo de 1983, Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal N° 2, LL, 1983-D, 576.

malmente incólumes –aunque jurisprudencialmente se fueron morigerando algunas de sus excesivas restricciones– hasta que por efecto de la introducción del art. 43 constitucional en la reforma de 1994 se incorporaron, en sus tres primeros párrafos, respectivamente, los dos tipos principales de amparo: el individual, el colectivo, al cual se le adicionó el subtipo de amparo informático, que si bien se encuentra popularizado bajo el rótulo «hábeas data», por un óbice formal no ha sido así denominado²⁰. A estos tres párrafos, y cerrando el círculo esencial de las acciones y procesos mínimos que exige el derecho de amparo o derecho a ser amparado, se le agregó un cuarto precisamente en el cuarto párrafo: el hábeas corpus.

Estas nuevas normas constitucionales incluyeron reglas que inmediatamente modificaron –y sin necesidad de reforma ni de declaración de inconstitucionalidad alguna porque se trata de un supuesto de derogación por superación normativa– algunas de las restricciones normativas contenidas en aquellas leyes recién mencionadas, aunque en algún supuesto haya sido constitucionalmente dicho sin mayor claridad²¹.

325

Con posterioridad a la reforma, los tipos principales de amparo solo fueron objeto de parciales regulaciones legales, y además de una nueva y excesiva restricción introducida en el marco de la megacrisis

²⁰ Esta figura, a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes, como en el caso de lo dispuesto por el art. 200 de la Constitución peruana, no pudo ser regulado autónomamente porque los constituyentes argentinos de 1994 solo se encontraban formalmente habilitados por la Ley declarativa de necesidad de la reforma (N° 24.309) para incorporar la figura del amparo y del hábeas corpus, de manera que tuvieron que optar por incorporarlo como subtipo de hábeas corpus (como en realidad hubiese correspondido si se hubiera seguido el formato adoptado por la Constitución brasileña de 1988, que incorporó por primera vez la figura en el plano constitucional) o de amparo.

²¹ Así ocurre con el recaudo de agotamiento previo de la vía administrativa, ya que la regla constitucional solo refiere a que procederá el amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, de modo que tal ausencia regulatoria respecto de los medios administrativos ha llevado a interpretaciones contradictorias acerca del eventual efecto derogatorio de esta omisión constitucional.

económica de principio del siglo a fin de acotar el dictado de medidas cautelares contra el Estado, mediante la Ley 25.423²², se normaron, en concreto, el hábeas data (a través de la Ley 25.326, de protección de los datos personales, que regula de manera general el instituto para los juicios tramitados ante la justicia federal, regla luego complementada por la Ley 26.529, de derechos del paciente, que reconoce el derecho de acceso a la historia clínica y lo garantiza a través del hábeas data); el amparo colectivo ambiental (limitado a esta materia al insertarse sus disposiciones en la Ley General del Ambiente, Ley 25.675), y el amparo del consumidor (restringido también a esta clase en la Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240).

A estas regulaciones se le sumaría luego una nueva creación pretoriana –otra vez la labor judicial– ahora nuevamente de la Corte Suprema nacional, que en el caso Halabi²³ dio partida de nacimiento a la acción de clase (que encuentra andamiaje en procesos de clase, entre los cuales se encuentran el amparo de clase y el hábeas data de clase), en concreto para la defensa de los derechos «pluri individuales»; «individuales homogéneos» o «plurales homogéneos»²⁴.

²² La norma, publicada el 31 de julio de 2001, sustituyó a los arts. 14 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 62 de la Ley 18.345 de Procedimiento Laboral, estableciendo idénticamente, respecto de la oportunidad y presupuesto de las medidas cautelares, lo siguiente: «Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias».

²³ «Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Fallo H. 270. XLII Ley 25.873 - dto. 1563/04, s/ amparo ley 16.986», Fallos..., 332: 111.

²⁴ Estos conceptos si bien no son equiparados totalmente, pueden ser tratados homogéneamente, Como lo indica MEROI: «La doctrina, por su parte, se divide entre quienes restringen el concepto al ámbito de los que aquí denominamos «intereses supraindividuales», quienes incluyen asimismo a los llamados «intereses plurales homogéneos» y quienes, finalmente, condicionan la inclusión de estos últimos a casos en que «las posibilidades de acceso a la justicia (existencia de condiciones y circunstancias que impidan u obstaculicen el efectivo acceso a la justicia de los integrantes del grupo afectado, más allá de los incentivos y ocasiones que alguien pueda tener para accionar individualmente), en términos

Actualmente, pese a que han transcurrido más de dos décadas de la inserción constitucional del instituto, los alcances del amparo siguen en debate, y ello especialmente debido a: a) ciertas divergencias existentes entre el texto constitucional y la aparente voluntad del constituyente que no fueron zanjadas ni por una regulación legal ni por la doctrina de la Corte Suprema nacional que ha resuelto esas tensiones de manera contradictoria en diversos casos; b) la falta total de regulación o la regulación parcial e incompleta de algunos de sus tipos, y c) la ausencia de un Código Procesal Constitucional nacional que, al estilo peruano, contenga las reglas aplicables a todas las acciones y recursos constitucionales (ello, claro está, con la complementación de este tipo de códigos en la totalidad de los estados federados, para los juicios tramitados ante las justicias locales).

2.2. La doble fuente normativa (constitucional y convencional) del amparo argentino y sus consecuencias

327

El nuevo art. 43 de la Constitución argentina trata conjuntamente a las acciones de amparo (en sus versiones individual, colectivo e informático) y de hábeas corpus.

En los dos primeros párrafos, reconoce a los amparos individual y colectivo estableciendo:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Cons-

estructurales y generales (no meramente individuales)». Concretamente, para esta última tesis, son «derechos de incidencia colectiva» aquellos intereses plurales homogéneos que, individualmente, no tendrían acceso a la respuesta jurisdiccional» (Andrea MEROI «La tutela de los «derechos de incidencia colectiva» y la reforma a la Ley de defensa del consumidor», en ARIZA, Ariel (Coordinador). *La reforma al régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*, Abeledo Perrot, 2008.

titución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción, contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Prosigue el artículo regulando al hábeas data (sin rotularlo así) de la siguiente manera:

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

328

Finaliza la norma incorporando al hábeas corpus, al establecer:

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

A este artículo debe complementárselo, por expresa disposición constitucional, con normas emergentes de instrumentos internacionales, en especial con aquellos que el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna—con una clara deficiencia de técnica legislativa, pues lo hace al regular las atribuciones del Congreso Nacional— menciona expresamente a fin de otorgarles jerarquía constitucional (a los cuales cabe sumar otros que adquirieron luego tal jerarquía por decisión de las mayorías agravadas exigidas en ambas cámaras legislativas por la misma norma).

Dentro de esos instrumentos internacionales sobre derechos humanos «constitucionalizados» (los cuales constituyen lo que la doctrina ha denominado «bloque de la constitucionalidad»), y como se adelantó a título introductorio, se incluyen disposiciones específicas que reconocen el derecho a «un recurso efectivo» (Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); «un procedimiento sencillo y breve» (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); «un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo» (Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica); que las ampare contra actos que violen sus derechos «fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley» (Declaración Universal de Derechos Humanos); «o libertades reconocidos en el presente Pacto» (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); «fundamentales reconocidos constitucionalmente» (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); «fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención» (Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Dado que todas estas reglas dan marco y condicionan, como es obvio, a las leyes ordinarias, e incluso a la propia Constitución —a estar por lo dispuesto al respecto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que impide alegar el derecho interno para el incumplimiento de un tratado, y por lo reiteradamente dicho por la Corte IDH al respecto en idéntica dirección—, no solo se trata, entonces, de interpretar normas a la luz de los instrumentos mencionados, sino de regularlas de conformidad con dichos requerimientos internacionales.

Desde luego, la existencia de esa doble fuente de normas de la más alta alcurnia ha llevado a que la doctrina maximice sus esfuerzos para realizar una interpretación armónica entre las disposiciones de ambos artículos, pero también existen autores que sostienen que las disposiciones constitucionales, tal como están redactadas, dan pie a considerar que existen, en sede interna, de dos tipos de acciones inde-

pendientes e igualmente exigibles; esto es, las que provienen de fuente expresa constitucional (art. 43) y las otras que se incorporan de manera refleja por ser de fuente convencional (art. 75, inc. 22).

En este último orden de ideas, y a fin de reconocer las principales características de ambas, Gordillo sistematiza las diferencias y similitudes entre las reglas de ambas fuentes, de la siguiente manera:

a) El art. 43 es más restringido en cuanto a su admisibilidad, pues prevé dos causales de exclusión: que no exista un medio judicial más idóneo y que exista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. En ambos casos, debe prevalecer la norma supranacional que no los exigen.

b) El art. 43 es más amplio en lo relativo a: 1) los derechos tutelados, pues este refiere a todos los derechos tutelados por la Constitución, tratados o leyes, mientras que los pactos de derechos humanos los limitan solo a los fundamentales; 2) la legitimación, pues se extiende a las personas jurídicas y también a sujetos distintos del afectado en determinados supuestos (*v. gr.*, defensor del pueblo y asociaciones), mientras que ninguno de los dos supuestos está contemplado en las normas internacionales.

330

c) En todos los textos se expresa que la vía debe ser «rápida», «sencilla» o «breve».

d) El art. 43 alude a que la vía debe ser «expedita», mientras que en los tratados se exige que sea «efectiva».

e) En ambos casos los derechos y libertades fundamentales están tutelados; puede declararse la inconstitucionalidad de una ley o cualquier otro acto estatal, y *a fortiori* también la violación de los tratados internacionales; se tramitan solamente ante los jueces competentes que tienen obligación de pronunciarse sobre el fondo; suponen bilateralidad y no tienen por objeto sustituir procedimientos especiales.

Ante estas diferencias —continúa el autor—, una alternativa es la de considerar que:

La norma de la primera parte del art. 43 está reconociendo *menos* que lo que reconocen los pactos supranacionales que el art. 75 inc. 22 expresamente recepta, *pero no prohíbe ni excluye a aquéllos*. Tampoco podría hacerlo.

Entre los posibles medios de tutela de los derechos previstos en el ordenamiento nacional y supranacional, la primera parte del art. 43 estatuye en efecto *uno* específico, expedito, breve y efectivo, para determinados supuestos de lesión. Pero ello en modo alguno excluye que existan *otros* también específicos en otra parte del mismo texto constitucional y sus remisiones.

Ello ocurre en el caso del medio ambiente, de los derechos de incidencia colectiva, del hábeas data y del hábeas corpus, y por supuesto de los derechos que emergen del art. 75.

Una interpretación diversa llevaría a las normas supranacionales a verdadera letra muerta, lo que no puede considerarse como el recto espíritu ni una lectura razonable de la Constitución [...]. El sentido genéricamente no excluyente fue explicado por el convencional informante (Rodolfo Díaz, sesión del 11/8/94): «No limita las posibilidades sino que expande de un modo determinado y específico la oportunidad de acceder a esa tutela».

331

Una segunda alternativa es considerar que estamos ante dos vías diferentes, a saber:

a) Una, de carácter interno, en la cual se tutelan *todos los derechos* protegidos por *la Constitución, los tratados y las leyes* pero *solo* cuando se da la doble condición mencionada. En ella la legitimación es sumamente amplia y tanto para los individuos como para las personas jurídicas.

b) La segunda vía, de origen supranacional, tutela *solamente los derechos y libertades fundamentales y únicamente de las personas físicas directamente afectadas en su persona o en sus derechos*, pero sin necesidad de que se den las otras condiciones de vía más idónea y carácter manifiesto del vicio.

En esta variante el procedimiento de la segunda vía sería comparable por analogía a la primera en los trazos generales de intervención de juez competente, existencia de bilateralidad e igualdad de las partes y plazos breves, pero *el trámite sería necesariamente de carácter pretoriano* hasta tanto se dicte una ley al respecto [...].²⁵

2.3. Los amparos «constitucionales» (individual, colectivo, de clase e informático) en su dimensión constitucional, legal y jurisprudencial

En tren de evaluar los aspectos centrales del amparo argentino (o, si se prefiere, de los amparos argentinos), nos limitaremos a considerar los elementos centrales de los tres primeros párrafos del artículo 43 de la Constitución –dedicados al amparo en sus versiones individual, colectivo e informático–, dejando de lado las previsiones referidas al hábeas corpus, por exceder los objetivos de este trabajo.

332

Mencionaremos, asimismo, las principales reglas emergentes de la –inorgánica, incoherente e inacabada– regulación legal de cada clase de amparo.

2.3.1. Caracteres típicos

Como lo indica Sagüés, el amparo general se destaca por ser una garantía con forma de proceso judicial sumario²⁶ que procede ante toda acción u omisión²⁷ de autoridades públicas o de particulares que con

²⁵ GORDILLO, Agustín. *Un día en la justicia: Los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional*, «L.L.» 15/11/95, pp. 57/60.

²⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. *La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 146.

²⁷ Si bien no ha quedado claro de los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994, el convencional QUIROGA LAVIÉ interpreta que entre las omisiones atacables por la vía del amparo se encontrarían incluidas las moras legislativas, del Ejecutivo o en general del poder administrador y de los jueces, las cuales podrán ser declaradas inconstitucionales por los tribunales de justicia de nuestro país y sustituidas por algún tipo de acto jurisdiccional que remedie, solo para el caso –claro está– y sin carácter normativo general, la omisión

arbitrariedad²⁸ o ilegalidad²⁹ manifiesta³⁰, lesione, restrinja, altere o

del poder público (QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *La reforma de la Constitución*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1995, pp. 117-118).

²⁸ Explican MORELLO y VALLEFÍN que «Se predica la *ilegalidad* de un acto o conducta cuando no concuerda con la norma jurídica que prescribe lo debido [...] la *ilegalidad* puede describirse a través de preceptos legales que se omiten aplicar o se interpretan mal» (MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A. *El amparo. Régimen procesal*, La Plata: Librería Editora Platense, 2° edición, 1995, p. 31). Así, como lo apuntan SAGÜÉS y LAZZARINI, la ilegalidad refiere exclusivamente a la violación de las normas de derecho positivo (leyes, resoluciones ministeriales, decretos, ordenanzas, etc.), pues el cuestionamiento de actos contrarios a la ley natural, o a la justicia, puede en cambio encontrar alguna esperanza en el concepto de arbitrariedad (SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Op. cit.*, pp. 119-120).

²⁹ Este concepto complementa al anterior por cuanto muchos actos a pesar de contar con apoyatura legal –esto es, ser lícitos– son arbitrarios. Así, «La *ilegalidad* desconoce o aplica mal la norma que legalmente corresponde, mientras que la *arbitrariedad* es la manifestación abierta y caprichosa sin principios jurídicos» (MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A. *El amparo. Régimen procesal. Op. cit.*, pp. 31-32). Si, como explica SAGÜÉS, la arbitrariedad se identifica con «irrazonabilidad» e «ilegitimidad» (esto es, injusticia), por esta vía la acción de amparo cubre un mayor número de actos u omisiones. Los actos *ilegítimos* –concepto más amplio que apunta más a la justicia intrínseca–, pueden encontrar alojamiento en el concepto de arbitrariedad (SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Acción de Amparo, Op. cit.* p. 121).

³⁰ Pese a que, gramaticalmente, lo manifiesto se predica de solo de la ilegalidad (de lo contrario debiera haberse utilizado el plural en el término manifiesta), la doctrina en general adjudica el carácter de manifiesto (descubierto, patente, claro, notorio, inequívoco, indudable, cierto, ostensible, palmario, etc., tanto a la ilegalidad como a la arbitrariedad (MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A. *El amparo. Régimen procesal, Op. cit.*, pp. p. 32). En tal sentido, SAGÜÉS expresamente menciona que para que prospere un amparo, el acto cuestionado debe ser manifestamente ilegal o manifestamente arbitrario (Néstor P. Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Acción de Amparo, Op. cit.*, pp. 670-671). QUIROGA LAVIÉ critica la exigencia de que la lesión debe ser manifiesta, pues en su criterio constituye una obviedad la exigencia de que la arbitrariedad o la ilegalidad sean manifiestas, pues «si una violación no es manifiesta para el juez interviniente ella no podrá ser reconocida ni declarada. Lo que no es manifiesto para el juez, no existe. La lesión al derecho existe o no existe y, en caso de duda, cabe la máxima *in dubio pro amparo*. Pero, en tal caso, lo que no termina de ser manifiesto se convierte en manifiesto desde el punto de vista de la cara manifiesta de la duda» (QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *La reforma de la Constitución, Op. cit.*, p. 125).

amenace³¹ con actualidad o inminencia³² derechos o garantías contenidos en la Constitución, en un tratado o en una ley –con excepción de los tutelados por el hábeas corpus y el hábeas data–³³, ante la ausencia o inidoneidad de otros remedios ya contemplados en el derecho positivo³⁴.

Estos caracteres típicos son de aplicación a las tres versiones contempladas en los dos primeros párrafos del art. 43 constitucional (el individual y el colectivo regulados expresamente y el sectorial o de clase, adicionado por la creada por la Corte Suprema en «Halabi»), pero no se trasladan *in totum* al hábeas data, pues no son exigibles en este proceso que: a) la conducta lesiva trasunte una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta³⁵; b) no haya otros remedios más idóneos para atacar el acto

³¹ Según explica QUIROGA LAVIÉ, «lesión» es un concepto lato y general que comprende todo daño, con lo cual abarca los conceptos de restricción y alteración. «Restricción» es una reducción, disminución o limitación de la posibilidad de ejercicio de la acción materia del respectivo derecho, mientras que «alteración» implica el cambio o modificación de un derecho en su propia naturaleza. Finalmente, el término «amenaza» implica una futuridad inminente (ROSATTI, Horacio *et al.*, *La reforma de la Constitución. Explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1994, pp. 126-127).

³² Este requisito implica que el resultado dañoso que se pretende evitar por la vía del amparo, no debe ser remoto o meramente conjetural.

³³ Queda por develarse si podrían considerarse abarcados otros supuestos, como los derechos emergentes de un decreto o de una ordenanza, o si, por el contrario, debe tratarse exclusivamente de los supuestos mencionados. Al respecto, SAGÜÉS y QUIROGA LAVIÉ –basándose en lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución argentina–, sostienen que si nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe, consecuentemente corresponde brindar protección también a otros supuestos y la norma constitucional no debe considerarse limitada al concepto de ley en sentido formal.

³⁴ Cfr. SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Op. cit.* pp. 68-69, con cita de SOTO KLOSS, Eduardo. *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Jurídica, 1982, pp. 12 y ss.

³⁵ En este sentido, si bien la Corte nacional, por un claro error de remisión al dictamen del Procurador general, en «Lascano Quintana» (LASCANO QUINTANA, Guillermo V. c/ Veraz S.A. s/ hábeas data), «Fallos...», 324:567) consideró que este recaudo era exigible, luego en «Martínez», (Martínez, Matilde Susana c/Organización Veraz S.A.), 05/04/05, «Fallos...», 320:797) revirtió tal error, quedando de allí en más en claro que no es necesario acreditar tal recaudo.

lesivo³⁶, y c) no haya transcurrido en exceso un término de caducidad –aunque la vigencia de tal recaudo en el amparo luego de la reforma constitucional de 1994 está todavía en disputa– puesto que en el hábeas data resulta irrelevante cuánto tiempo ha transcurrido desde que se comenzó a tratar indebidamente un dato personal, ello no solo porque no está previsto en la Ley 25.326, sino porque igualmente en estos casos se está ante una lesión continuada, que por serlo precisamente no podría permitir el inicio de cómputo alguno de caducidad.

La cuestión fue magistralmente explicada tempranamente por BIDART CAMPOS, quien dijo que ordinariamente debe eximirse la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el acto respecto del cual se ejerce el hábeas data «porque resulta evidente que si, por ejemplo, se pretende tomar conocimiento de datos personales, suprimirlos, rectificarlos o actualizarlos, puede no ocurrir aquella arbitrariedad o ilegalidad en la recopilación o acumulación que de ellos hizo y posee de buena fe el registro o el banco» (BIDART CAMPOS, Germán J. *Los procesos constitucionales: amparo, hábeas data y hábeas corpus*, en «XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal», Corrientes, 1997, p. 756). En el mismo sentido, BAZÁN explicaba que, si nos apegamos al texto expreso de la norma, la Constitución ha elaborado supuestos específicos para el funcionamiento de la acción que postergarían a aquellos: la falsedad de la información o su efecto discriminatorio. De otro lado –explica– en el hábeas data hay dos momentos bien distintos: el de acceso a los datos, y el de intervención sobre la información almacenada. En el primer caso, bastará acreditar ser el titular de la información, y en el segundo, «quizás sí sea menester que el afectado acredite la falsedad, el uso discriminatorio de la información o el perjuicio que le irroga, pero nunca antes de tener acceso a los datos, ya que mal puede acreditar algo que no le consta». BAZÁN, Víctor. *El hábeas data y sus peculiaridades frente al amparo*, en «Revista de Derecho Procesal». N° 4, Rubinzal Culzoni, pp. 226-257.

³⁶ Resulta claro que, tratándose el hábeas data de una acción y de un proceso constitucional específicamente diseñado para la tutela de los datos personales, este recaudo no puede tener aplicación, más allá de que pueda imaginarse uno que en un caso concreto pudiera ser en abstracto una mejor vía para la defensa del derecho (*v. gr.*, algunas que pudieran articularse *inaudita pars*, como sería el caso de una medida autosatisfactiva tendiente a que una dependencia estatal proporcione información personal del interesado, o una medida de aseguramiento de pruebas sobre información personal asentada en una historia clínica –supuesto que ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios cuando los hábeas data no son articulados contra historias clínicas informatizadas en poder de una institución de salud–).

2.3.2. Legitimación activa

El primer párrafo del art. 43 dispone que la acción de amparo puede ser interpuesta por «toda persona», concepto que –a falta de distinción expresa en ambos ordenamientos– incluye tanto a las personas físicas como a las jurídicas, aunque, cualquiera fuera el sujeto activo, omite aclarar si se requiere que el acto u omisión afecte *sus* derechos o garantías³⁷.

En el segundo párrafo, se consagra expresamente al denominado «amparo colectivo» en defensa de los derechos de incidencia colectiva en general, pero también se da pie al «amparo de clase», en defensa de los derechos individuales homogéneos, estableciéndose una legitimación activa más amplia para los casos en que se accione contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general³⁸.

336

En estas hipótesis, se encuentran expresamente habilitados a interponer esta acción: el afectado, el defensor del pueblo –con legitimación propia y en defensa de derechos o intereses de titularidad difusa– y las asociaciones que propendan a los fines mencionados por la norma,

³⁷ Pese a la deficiente redacción sobre este punto, BIDART CAMPOS entiende que si bien «La alusión a «toda persona» podría sugerir que estuviéramos frente a una acción popular, o dicho más claramente, que cualquier persona ostentara legitimación para deducir acción de amparo en favor de derechos ajenos [...], el art. 43 está significando acá que el amparo legitima a «toda persona» *cuyos derechos* padecen –por acto u omisión– algo de lo que la norma exige: lesión, restricción, alteración o amenaza. Y ello con las demás características habituales: actualidad o inminencia, arbitrariedad o ilegalidad manifiesta». Vid. BIDART CAMPOS, Germán J. *La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución*, E.D., 1996.

³⁸ Explica SAGÜÉS que en el término «derechos de incidencia colectiva en general» refiere a lo que habitualmente se denominan intereses *colectivos* o *difusos*, categorías que si bien conceptualmente pueden diferenciarse (ver BARRA, *La acción de amparo en la Constitución*, «L.L.» 1994-E-1087), en la práctica son empleados como conceptos similares. Vid. SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Acción de Amparo*, Buenos Aires: Astrea, 4° edición, t. 3, 1995, pp. 674-675.

las cuales deben estar «registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y las formas de su organización»³⁹. Además, pese a no estar contenido expresamente en la norma argentina su intervención, algunos autores agregan, a este listado de legitimados activos para la promoción de amparos colectivos, al Ministerio Público, dado que el art. 43 alude a *toda persona* y los arts. 86 y 120 autorizan a aquél órgano a promover la defensa de los intereses de la sociedad⁴⁰.

Analizando específicamente la problemática relativa a la legitimación activa respecto del amparo colectivo apenas de producida la reforma constitucional, menciona Gelli que cualquier persona está legitimada a título individual para articular un amparo de este tipo —aun sin padecer un daño concreto—, cuando es tocado, interesado, concernido, vinculado por los efectos del acto u omisión lesivos, y que ello se desprende claramente de dos precedentes de la Corte: a) el caso Kattan,

³⁹ Con relación a las asociaciones se plantea una interesante disputa, pues la norma constitucional remite a una ley reglamentaria, y ello provoca el interrogante de si es necesario esperar a dicha reglamentación para que las asociaciones puedan actuar, o entretanto, basta acreditar mínimamente la coincidencia entre la finalidad de la asociación y el fin perseguido por el amparo. Al respecto, la doctrina se halla dividida, pues mientras algunos proponen esta última solución, otros entienden que la ausencia de reglamentación implica que actualmente ninguna asociación posee tal legitimación.

En la primer corriente, BIDART CAMPOS explica que «mientras la ley no se dicte, y por ende, la registración no se efectúe, las asociaciones que ya están constituidas para objetivos coincidentes con los que menciona dicho art. 43 deben ser judicialmente admitidas para la promoción del amparo». Vid. BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: Ediar, tomo VI, *La reforma constitucional de 1994*, 1995, pp. 320.

En sentido diverso, se posicionan NATALE y SAGÜÉS. Este último advierte que «si no hay una norma que las regule, habrá que esperarla para que la entidad se organice y registre específicamente, y así adquiera legitimación. Esto último puede provocar el decaimiento de la legitimación procesal de algunas organizaciones que antes de la reforma estaban potenciadas para actuar, conforme al desarrollo jurisprudencial habido» (SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Op. cit.*, p. 676).

⁴⁰ MORELLO, Augusto Mario. *El amparo después de la reforma constitucional*, en «Revista de Derecho Privado y Comunitario», N° 7, *Derecho privado en la reforma constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 243.

donde consideró que existía afectación del derecho subjetivo (emanado por entonces del artículo 33 de la Constitución) a la no modificación del propio hábitat; que «la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo», y que la defensa de su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, y, b) el caso *Ekmekdjian c. Sofovich*, donde se sostuvo que el efecto reparador de la réplica alcanzaba al conjunto de quienes pudieron sentirse ofendidos con igual intensidad por el mismo agravio, a fin de evitar que el derecho reconocido se convirtiera en un multiplicador de respuestas interminables. Es decir, adjudicándole al accionante un cierto tipo de representación del grupo afectado⁴¹.

338

En los dos ejemplos traídos a colación por Gelli se observa claramente la diferencia que luego hará nítida la Corte Suprema nacional en «Halabi»: la legitimación para accionar en un amparo en defensa de derechos colectivos (que son de titularidad difusa, esto es, pertenecen a todos y cada uno de los miembros de la comunidad) le corresponde a cualquiera (inclusive, paradójicamente, al autor del acto lesivo), mientras que para la articulación de un amparo en defensa de los derechos sectoriales, grupales o de clase (los pertenecientes a algún sector de la comunidad), le corresponde a un miembro del grupo afectado (en «Halabi», los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y en «Ekmekdjian c. Sofovich» los cristianos afectados por las expresiones volcadas respecto de la virginidad de la madre de Jesucristo), con eventual extensión de la legitimación a las asociaciones sectoriales y al Defensor del Pueblo (por lo menos cuando existan actos discriminatorios, porque estos por más que afecten directamente a una clase, hieren a toda la comunidad), y al Ministerio Público, por lo menos en subsidio cuando la acción sea abandonada por los restantes legitimados activos, tal como lo dispone la ley de defensa del consumidor.

⁴¹ GELLI, María Angélica. *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, «L.L.» 15/11/95 (suplemento), p. 54.

Ya desde el plano legal, en el caso del amparo en defensa de los derechos colectivos en general, pero específicamente en lo referente a la defensa un bien jurídico en especial, la ley general del ambiente establece en su artículo 30 que frente a la verificación de un daño ambiental colectivo», tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental» legitimación que extiende a «el Estado nacional, provincial o municipal», y que asimismo «quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción».

La norma agrega que, deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados «no podrán interponerla los restantes», pero ello no afecta el derecho de estos a intervenir como terceros y finaliza expresando que, sin perjuicio de lo indicado precedentemente «toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo»⁴².

339

Y ya con respecto a las acciones de clase, resulta de aplicación lo dispuesto por los artículos 52 y 55 de la Ley de Defensa del Consumidor que regulan las acciones individuales y colectivas para la defensa de los derechos de usuarios y consumidores de bienes y servicios, estableciendo primeramente que «el consumidor y usuario podrán iniciar acciones ju-

⁴² Artículo 30.- Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

diciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados» y que tal acción «corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios» que se encuentren autorizadas en los términos de esta misma ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. También se legitima a las asociaciones de estos (que deben estar constituidas como jurídicas y ser reconocidas por la autoridad de aplicación, las que se encuentran habilitadas «cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios», y que además pueden actuar litisconsorcialmente respecto de cualquiera de los demás legitimados «previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de estas [...] teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente». Finalmente, ordena asumir la legitimación activa al Ministerio Público Fiscal «en caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas»⁴³.

⁴³ Artículo 52.- Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de estas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.

Artículo 55.- Legitimación. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de estos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley.

Ya con relación a la legitimación en el tercer párrafo constitucional, es claro que existe, al igual que en el primer párrafo, en el hábeas data hay una legitimación individual del afectado, que en definitiva es la persona física o jurídica a la cual refieren los datos personales que son objeto de tratamiento (el «titular de los datos» en los términos de la Ley 25.326), legitimación que fue extendida a los familiares directos de las personas fallecidas, primero por la Corte Suprema Nacional en el fallo Urteaga⁴⁴ y luego por la Ley 25.326 en dos artículos que contienen disposiciones parcialmente idénticas y que por ello lleva a conflictos interpretativos⁴⁵, ello porque en primer término dispone que tienen derecho de acceso –en disposición que no reproduce en los derechos conexos– los «sucesores universales» y luego legitima para interponer la acción –sin distinción alguna acerca de si lo es solo para el caso de acceso denegado o defectuosamente concedido– a «los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado».

En la legislación argentina, «sucesores universales» pueden serlo personas que no son parientes como lo exige la segunda norma (*v. gr.*, los cesionarios de derechos hereditarios no vinculados parentalmente), o que si bien tienen esa vinculación, no se encuentran en la línea y grados exigidos por la norma.

⁴⁴ C.S.J.N., «Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional - Estado mayor Conjunto de las F.F.A.A. s. Amparo Ley 16.986», de 15 de octubre de 1998.

⁴⁵ Artículo 14.- Derecho de acceso

1. El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes.

[...]

4. El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales.

Artículo 34.- Legitimación activa

La acción de protección de los datos personales o de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado.

También esta legitimación se extiende a los demás legitimados por el segundo párrafo constitucional, quedando autorizados para promoverla, en concreto, tanto el defensor del pueblo (que también de conformidad con el art. 34 de la Ley 25.326 puede intervenir como coadyuvante en la acción iniciada por el afectado) como las asociaciones sectoriales.

La legitimación del Ministerio Público, emergente del art. 120 constitucional también es factible, pero en todos los casos con una salvedad: cuando no se trate de una acción ejercida por el titular de los datos, las facultades serán reducidas.

Así, por más que la ley no lo exija expresamente, los sucesores deberían acreditar un derecho o interés legítimo en acceder a la información que pretenden, por lo menos cuando se trate de información sensible (*v. gr.*, datos patrimoniales, por tratarse de un sucesor en los bienes del difunto; datos de salud, por ejemplo para prevenir una enfermedad genética, etc.). Y en el caso de los restantes legitimados, en principio no lo estarían para acceder a los datos sino para objetar los tratamientos generalizados que afecten a toda la comunidad o a una clase determinada, y para solicitar otro tipo de operaciones tendientes al resguardo de los derechos de todos los afectados, por ejemplo para solicitar la exclusión, confidencialización o actualización de los datos registrados, inhibir su transferencia, etc.

2.3.3. Legitimación pasiva

El texto constitucional argentino —receptando una tendencia que se viene consolidando en el plano internacional— ha adoptado una legitimación pasiva amplia, cuando dispone que el amparo —en cualquiera de las versiones contenidas en los dos primeros párrafos— puede ser diri-

gido contra actos⁴⁶ u omisiones⁴⁷, provengan de autoridades públicas⁴⁸ o de particulares⁴⁹, con lo cual, según la regla, lo único que interesa a los efectos de su admisibilidad es que exista una conducta que produzca la violación actual o inminente de alguno de los bienes a cuya tutela está enderezado el instituto, sin importar de quién proviene ella⁵⁰. Esta equiparación en el texto constitucional obliga a homogeneizar otros criterios entre ellos en la reglamentación del instituto, de manera que varias diferencias que existían antes de la reforma constitucional entre el amparo contra autoridades públicas y el previsto contra actos de par-

⁴⁶ El art. 43 de la Constitución habilita la ruta del amparo contra «todo acto u omisión», reproduciendo la metodología adoptada por la Ley 16.986 al respecto, con lo cual se mantiene incólume la interpretación previamente conferida a dichos vocablos.

Sobre el particular, explica SAGÜÉS, apoyándose en criterios coincidentes de BIDART CAMPOS y LAZZARINI –referidos a la Ley 16.986–, que «de conformidad con la gestación de la norma, esta palabra alude, pues tanto a hechos, actos, acciones, decisiones, como a órdenes, negocios jurídicos u omisiones de la autoridad pública. Cualquier conducta de autoridad, por tanto, puede caer dentro del ámbito del amparo argentino: el adjetivo "todo", previo a la voz "acto", obliga a considerar incluida en esta acción a la totalidad del comportamiento estatal». *Vid. SAGÜÉS, Néstor P. Derecho procesal constitucional. Op. cit.*, p. 73.

⁴⁷ La omisión puede consistir tanto en no ejecutar un acto debido (hipótesis denominada «amparo ante la inacción», en la cual el amparo sirve para que se ordene su realización), como en no emitir una decisión («amparo contra el silencio» o «amparo de pronto despacho»), donde el juez no suple el pronunciamiento pendiente, sino que, verificada una demora irrazonable, le fija un plazo al omitente para que lo dicte. *Ibid.* pp. 73-80.

⁴⁸ La expresión «autoridad pública» debe ser entendida como la de cualquier clase de persona que integre de alguna manera el aparato estatal, como agente, auxiliar, empleado, funcionario, magistrado o gobernante público actuando en condición de tal, incluyendo a las sociedades del Estado, a los Estados extranjeros y a los particulares en ejercicio de funciones públicas, pues una exégesis en contrario negaría en gran medida una garantía derivada de la Constitución, y, por ende, tal artículo resultaría inconstitucional. *Ibid.* pp. 89-95.

⁴⁹ A tenor de la Constitución, en toda la República tiene que haber mecanismos procesales contra actos de particulares. Por vía de la Ley 17.454 solo se podría articular amparos en la Capital Federal y en territorios nacionales, ya que ella no es aplicable en la jurisdicción provincial, hecho que no impide, por supuesto, su aplicación analógica.

⁵⁰ En el ámbito nacional, tanto la Ley 16.986 como el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17.454) regulan, respectivamente, ambas hipótesis.

ticulares deben considerarse inconstitucionales —o, si se prefiere, derogados por superación normativa⁵¹—.

En el ámbito reglamentario, la ley general del ambiente puntualiza, respecto de la responsabilidad de los legitimados pasivos que si «en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable», y que cuando «el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación»⁵².

344

Por último, la legitimación pasiva en el caso del hábeas data contenido en tercer párrafo del art. 43 constitucional, se encuentra regulada de manera diversa en la dicha norma y en su ley reglamentaria, desde que la primera refiere exclusivamente a bancos de datos personales del

⁵¹ En este sentido, el convencional CULLEN menciona, a guisa de ejemplo, que el efecto suspensivo que se acuerda al recurso de apelación interpuesto contra las medidas cautelares otorgadas en el amparo contra actos de autoridad (art. 15, Ley 16.986), no debe diferir del caso del amparo contra actos de particulares, que según el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resulta con efecto devolutivo, pues tal circunstancia «desconoce la equiparación constitucional del tratamiento del amparo en ambos supuestos» (Cullen, IVÁN JOSÉ MARÍA. *El amparo*. Ponencia presentada en la XII Conferencia Nacional de Abogados, San Miguel de Tucumán, 12 y 13 de octubre de 1995, publicada en «Aequitas», publicación bianual del Colegio de Abogados de Rosario, año 1, N° 1, diciembre de 1995, sección doctrina, pp. 19-20).

⁵² Art. 31.- Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable.

En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

sector público y a aquellos del sector privado que estén destinados a proveer informes, y esto fue reproducido casi literalmente por el art. 1 de la Ley 25.326, pero de una interpretación armónica de esta norma con la de su articulado y con las disposiciones de su Decreto reglamentario 1558/01⁵³ resulta una ampliación de la legitimación pasiva a todos aquellos bancos de datos de carácter privado que excedan del uso privado del registrador (entendido este como persona física, en concepto que podría extenderse al de una persona jurídica unipersonal en la medida en que solo su titular tenga acceso a esos datos), tal como lo reclamaba calificada doctrina⁵⁴.

De todos modos, la legitimación pasiva amplia encuentra ciertas restricciones constitucionales y legales, en concreto cuando el hábeas data se intenta contra bancos de datos periodísticos –pues el art. 43 constitucional prohíbe afectar el secreto de la fuente de información periodística y de manera inconstitucional esto es ampliado por el art. 1 de la Ley 25.326 a las bases periodísticas, sin distinciones– y otros referidos concretamente por la ley, cuando habilita a ciertas res-

⁵³ Art 24.- Archivos, registros o bancos de datos privados

Los particulares que formen archivos, registros o bancos de datos que no sean para un uso exclusivamente personal deberán registrarse conforme lo previsto en el artículo 21.

Art. 1 del Decreto 1558/01, reglamentario de la Ley 25.326

A los efectos de esta reglamentación, quedan comprendidos en el concepto de archivos, registros, bases o bancos de datos privados destinados a dar informes, aquellos que exceden el uso exclusivamente personal y los que tienen como finalidad la cesión o transferencia de datos personales, independientemente de que la circulación del informe o la información producida sea a título oneroso o gratuito.

⁵⁴ En definitiva, y como lo explicaba SAGÜÉS antes de la reglamentación legal de la figura: «un registro privado es cuestionable por el hábeas data si provee informes a terceros, o si no los provee de hecho, pero está destinado a hacerlo».

«Quedan fuera del hábeas data, eso sí, los archivos o registros de y para uso exclusivo de su propietario, ya que todo ello está amparado por el manto de privacidad que otorga el art. 19 de la Constitución, y por la inviolabilidad de los papeles privados, del art. 18» (Néstor P. SAGÜÉS, ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre la Acción de Hábeas Data, Talca, Chile, 9 al 11 de abril de 1997).

tricciones a los deberes de información y operaciones conexas sobre los datos tratados⁵⁵.

2.3.4. Bienes jurídicos protegidos

El Constituyente argentino ha optado por prever al amparo como un mecanismo de protección amplia, pues cubre los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley –la mayoría de los algunos autores entienden que esta enumeración no es taxativa y que pueden considerarse comprendidos los provenientes de otras fuentes del ordenamiento jurídico, como decretos u ordenanzas–, incluidos los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, y los derechos de incidencia colectiva en general, pero con excepción de los supuestos tutelados por el hábeas corpus.

Esto significa un avance respecto de las previsiones contenidas al respecto en la Ley 16.986⁵⁶, que pretende poner a la norma consti-

⁵⁵ Artículo 17.- Excepciones

1. Los responsables o usuarios de bancos de datos públicos pueden, mediante decisión fundada, denegar el acceso, rectificación o la supresión en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros.

2. La información sobre datos personales también puede ser denegada por los responsables o usuarios de bancos de datos públicos, cuando de tal modo se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. La resolución que así lo disponga debe ser fundada y notificada al afectado.

3. Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, se deberá brindar acceso a los registros en cuestión en la oportunidad en que el afectado tenga que ejercer su derecho de defensa.

⁵⁶ El artículo 1 de la Ley 16.986 establece: «La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías expresa o implícitamente reconocidos por la Constitución nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus».

tucional a nivel de las exigencias de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ampliando –a nuestro entender– el radio de cobertura de manera tal que, con excepción de la libertad física (tutelada por el hábeas corpus), los demás derechos fundamentales son tutelables por la vía del amparo, e incluso en algunas hipótesis de manera reforzada, a través de dos de sus subtipos especializados, como el hábeas data (artículo 43, tercer párrafo) y la réplica (que es un derecho contenido en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que genera una acción y que reclama un proceso específico o su incorporación como subtipo de hábeas data al modo que lo hacía originalmente la Constitución peruana de 1993).

Al evaluar las novedades aportadas a la problemática, Sagüés explica que:

Como es sabido, subsiste una disputa sobre la superficie jurídica de los derechos protegidos por el amparo, con distintas posturas: derechos constitucionales fundamentales, derechos constitucionales en sentido lato, explícitos e implícitos; derechos en sentido amplio, de cualquier fuente jurídica.

347

El artículo 43 de la Constitución nacional optó por una vía intermedia [...]. La norma promueve varias reflexiones.

a) Sin duda, el amparo cubre los derechos constitucionales y, como el art. 43 no hace distinciones, abarca tanto los derechos constitucionales explícitos como los implícitos (Cfr. también Barra, *La acción de amparo en la Constitución*, «L.L.» 1994-E-1087).

b) También tutela los derechos y garantías reconocidos en «un tratado» [...]. La amplitud de este último concepto incluye tanto tratados sobre derechos humanos, como de otra índole, incluso los interprovinciales (Quiroga Lavié, *El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus*, p. 127). Los concordantes deben sumarse asimismo a ese listado, atento a su naturaleza convencional internacional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional).

c) Igualmente, ingresan al amparo los derechos y garantías reconocidos por «una ley». Se supone que cabe sumar las normas con jerarquía de ley que dicta el Poder Ejecutivo, según el art. 76 (por delegación del Congreso), o los decretos de necesidad y urgencia del art. 99, inc. 3, de la Constitución nacional. Tampoco hace el art. 43 diferencias sobre leyes nacionales o provinciales. Por el argumento, *a fortiori*, involucra también a las constituciones provinciales, que en su respectivo ámbito, son *super* leyes.

Ahora bien: ¿qué ocurre con los derechos emergentes de un decreto reglamentario de una ley, de un decreto autónomo, de una resolución ministerial o de la Dirección General Impositiva, o de una ordenanza municipal?

Una primera lectura del art. 43, y conforme con el principio interpretativo *a contrario sensu*, podría concluirse que si el constituyente mencionó solamente tres fuentes de derechos (la Constitución, los tratados y las leyes), *no quiso* admitir los que tienen otro origen. Por algo, puede pensarse, mencionó exclusivamente aquellas fuentes concretas (ver Barra, *La acción de amparo en la Constitución*, «L.L.» 1994-E-1087).

348

Tal interpretación restrictiva es sólida, pero también cuestionable. ¿Quedó bien claro en la constituyente que el derecho emergente de un decreto reglamentario *no es* materia del amparo? ¿Si la Constitución puntualiza que «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe» (art. 19), no existe también un derecho constitucional a que se me otorgue lo que un decreto o resolución me confiere, o a que no se me quite lo que ese decreto me reconoce? (Cfr. Quiroga Lavié, *El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus*, p. 129).

En la práctica, el problema se resuelve, habitualmente, por una extensión del concepto de *derechos constitucionales*. Por ejemplo, si se admite que el derecho constitucional de propiedad involucra cualquier derecho patrimonial emergente de sentencias firmes, derechos adquiridos, concesiones, contratos o reglamentos (ver, *v. gr.*, Bidart Campos, *Derecho constitucional*, t. II, p. 325), el amparo tendría viabilidad. A su turno, si un decreto del Poder Ejecutivo confiere a un determinado culto su reconocimiento, y luego es desconocido por una resolución

ministerial, el afectado podría invocar que allí opera el derecho constitucional de libertad de religión (art. 14).⁵⁷

Previendo una eventual inflación de amparos, Natale sostiene que, de ampararse los derechos provenientes de una ley, estaríamos admitiendo la misma vía para los que surgen de los contratos, y que sobre los mismos, la Corte ha dicho: «Que el recurso de amparo, verdaderamente excepcional por su naturaleza y fundamento, no puede ser utilizado cada vez que los contratantes discutan el alcance de un contrato» («Fallos», 241-71); «Que las partes interesadas en esta causa se hallan vinculadas por una relación contractual, divergiendo ambas sobre hechos esenciales y sobre la apreciación de los derechos respectivos derivados del contrato. Estas circunstancias son por sí solas decisivas para estimar improcedente el amparo deducido» («Fallos», 241-291; 245-261). ¿Podría el tenedor de un pagaré, alegando indigencia, promover un amparo en vez de iniciar el juicio ejecutivo? ¿Cabría sostener que una vía es más idónea que la otra para obtener su pago? La respuesta negativa surge como la más razonable, pues no se debe olvidar que el amparo es una vía excepcionalísima para tutelar el derecho esencial que es vulnerado, y si todas las violaciones de derecho concluyeran por vía de amparo, probablemente terminaríamos trasformando al procedimiento especialísimo en un vulgar trámite ordinario, con el disloque que causaría»⁵⁸. No obstante lo expuesto, la cuestión está aún en vías de resolverse, pues hasta tanto se dicte una nueva ley de amparo adecuada a las nuevas previsiones constitucionales y cuya interpretación a su vez satisfaga a la comunidad jurídica, el debate sobre los alcances de la cláusula constitucional permanecerá abierto.

Respecto de los bienes jurídicos protegidos por el tercer párrafo constitucional, más allá de que la Constitución y la Ley 25.326 pare-

⁵⁷ SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Op. cit.*, pp. 670-671.

⁵⁸ NATALE, Alberto. *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 64.

cieran limitar el instituto a proteger el valor verdad (porque alude a los supuestos de falsedad de los datos) y el principio de no discriminación (que a su vez contiene a los principios de igualdad, libertad y dignidad y el derecho a la identidad), lo cierto es que tal como puede observarse de lo resuelto por la Corte Suprema nacional en «Urteaga», prácticamente todos los derechos pueden ser vulnerados directa o indirectamente por el tratamiento indebido de los datos personales, de modo que existe un bien jurídico primariamente tutelado (el derecho a la protección de los datos personales, o al decir de Remolina Angarita, el derecho al debido tratamiento de éstos), que resulta ser un derecho medial, cuyo respeto impacta en la protección de cualquier bien que pudiera verse amenazado por ese tratamiento indebido. En este aspecto, es simétrico a lo que ocurre con el derecho de réplica, cuyo respeto permite tutelar otros bienes jurídicos, como el derecho a la verdad, al honor, etc.

2.3.5. Las restricciones al amparo

2.3.5.1. De fuente constitucional

El artículo 43 de la Constitución trae, básicamente, tres limitaciones al amparo, subordinándolo a:

- a) la actualidad o inminencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza a los bienes jurídicos tutelados;
- b) la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, y
- c) la inexistencia de medios judiciales más idóneos.

De estas limitaciones (que salvo la segunda no se aplican al hábeas data, como lo explicamos) las dos primeras mencionadas son claras y no presentan mayores inconvenientes, pero no ocurre lo mismo con la tercera, pues su formulación pone sobre el tapete la nada baladí discusión acerca de si el amparo mantiene su rol subsidiario respecto de los remedios ordinarios, o si, por el contrario, se trata ahora de una vía alternativa para su promotor, es decir, de una vía ordinaria, directa.

En este sentido, si bien la sintaxis de la norma ha seguido *prima facie* la tesis tradicional de la subsidiariedad del amparo respecto de otros remedios legales⁵⁹ –lo cual quedó claramente establecido en los debates de la Convención⁶⁰, por ser la posición sostenida por el despacho triunfante–, la aplicación literal de la norma puede llevar en la práctica a una conclusión distinta, porque el texto aparentemente se aparta de los precedentes legales y jurisprudenciales, al limitarse a exigir que el medio judicial disponible para el afectado sea más idóneo, y omitir la alusión a la existencia de remedios adminis-

⁵⁹ Desde que el amparo fuera consagrado jurisprudencialmente por la Corte argentina en los célebres casos «Siri» y «Kot», la doctrina ha conceptualizado mayoritariamente al amparo como una vía supletoria o subsidiaria, viable solamente ante la inexistencia de otros medios judiciales o administrativos idóneos para atender la lesión a un derecho constitucional, esto es, el amparo fue visto como un procedimiento residual y hasta heroico, aunque este concepto de subsidiariedad fue progresivamente subordinado a una interpretación adecuada y equitativa según las circunstancias del caso (Cfr. SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Op. cit.*, p. 665).

⁶⁰ En el seno de la Convención Nacional Constituyente, y en oportunidad de producirse el debate alrededor del art. 43, entre los distintos convencionales, se verificaron dos posiciones, claramente diferenciadas:

Por un lado, el convencional DÍAZ (informante del despacho de mayoría) explicó que se considera al amparo como una vía excepcional, residual o heroica, a la manera que lo entendió la Corte en el caso Rosbaco, cuando dijo que «el remedio singular del amparo está reservado solo a las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales, peligra la salvaguarda de los derechos fundamentales, requiriendo para su apertura circunstancias de muy definida excepción».

En el mismo sentido, ANCARANI sostuvo que se trata de una vía excepcional, pero esa excepcionalidad quiere decir que esta reforma no la ordinariza, por lo que se la puede utilizar en aquellos casos en los que no se haya previsto otro remedio procesal. Por su parte, Valverde repitió el concepto, explicando que se trata de una «acción de naturaleza residual».

Finalmente, BARCESAT (informante del despacho por la minoría), propuso –en sentido diverso de lo que sostenía la mayoría– que no debía entenderse a la acción de tutela como residual ni de excepción, sino que, al contrario, es la «vía regia para la consagración y tutela de los derechos humanos».

Tal como surge de las actas de la Convención, luego de las deliberaciones, la votación realizada en el recinto favoreció a la primera posición, que marcaba claramente la mantención del rol procesal supletorio o subsidiario y la consecuente no ordinarización del amparo.

trativos, como lo establecía desde antes la ley nacional reglamentaria del amparo.

Como se habrá advertido de su texto, la excepcionalidad prevista por la Constitución es bastante débil, con lo cual el espíritu del despacho mayoritario no se reflejó en la redacción final de la norma –en un caso típico de «norma infiel»–, que ha provocado problemas interpretativos que aún no se han resuelto, y que no se agotan en lo relativo a la subsidiariedad o alternatividad respecto de los remedios judiciales, sino que también se traslada a determinar si las demás pautas preexistentes que coadyuvaban a su excepcionalidad establecidas por la Ley 16.986 sufren de inconstitucionalidad sobreviniente –o, si se prefiere, han sido derogados orgánicamente por virtud de la superación normativa que implica el dictado en contrario de una norma de superior rango–.

352

Para cierta parte de la doctrina –que está integrada, paradójicamente, con algunos convencionales que formaron parte de la mayoría que aprobó el nuevo art. 43 de la Convención– casi todas las causas pueden ser tramitadas por la vía de amparo, pues generalmente pocos procesos son más idóneos que el amparo para guarecer los derechos, y de acuerdo al texto constitucional, bastaría que los procesos disponibles tengan menor o igual efectividad que el amparo para que este último sea viable). Así, Menem y Dromi señalaron recientemente que el amparo «ha dejado de ser el remedio de excepción, para convertirse en un medio procedimental ordinario»⁶¹.

Avanzando sobre la proyección del concepto de mayor idoneidad, Palacio indica que, comparado con los juicios sumario y sumarísimo, el amparo los aventaja con creces, especialmente en mérito de «la simplicidad de sus dimensiones temporales y formales y, por lo tanto, desde el punto de vista de su mayor idoneidad para lograr una más rápi-

⁶¹ DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 160.

da definición del conflicto»⁶², criterio compartido –con matices personales– por otros autores como Morello⁶³, Rivas⁶⁴ y Vallefn⁶⁵.

Gordillo, por su parte, menciona que: «*Más idóneo debe entenderse en el sentido de más “breve” o “sencillo” en una primera aproximación.* Por lo demás, si en el amparo se concluye que hace falta más debate y prueba, pues allí está el juicio ordinario que *luego* se puede iniciar [...]».

⁶² Citado por Agustín GORDILLO, *Un día en la justicia: Los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional*, «L.L.» 15/11/95, p. 58. También expresa que «el art. 43 de la Constitución reformada no solo confirió al amparo el carácter de derecho constitucional expreso –razón por la cual prevalece respecto de cualquier limitación o restricción contenida no solo en leyes nacionales o provinciales– sino que también, por un lado, extendió su ámbito de admisibilidad a actos y omisiones provenientes de particulares y, por otro lado, amplió el tipo de derechos susceptibles de tutela a través de ese remedio, que no se circunscriben ahora a los reconocidos por la Constitución [...]».

«[...] la propia redacción acordada al art. 43 de la Constitución sugiere, con evidencia, que la «idoneidad» a que alude es concepto que equivale estrictamente al de celeridad o rapidez, porque si la norma citada comienza refiriéndose a la «acción expedita y rápida de amparo» y continúa aclarando que esta solo puede ser desplazada por otro «medio judicial más idóneo», es obvio que este debe ser más expedito y rápido que aquél».

«De lo dicho se sigue que, en presencia de un acto u omisión que lesione o restrinja, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley y siempre, desde luego, que tales circunstancias sean alegadas y acreditadas por el interesado siquiera *prima facie*, el proceso ordinario no puede en ningún caso ser considerado un remedio judicial más idóneo que el amparo [...]» (PALACIO, Lino Enrique. *La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994*, «L.L.» 1995-D-1241).

⁶³ MORELLO, Mario Augusto. *La primera sentencia de alzada sobre el amparo, a la luz de la Constitución reformada*, J.A., 28/12/94.

⁶⁴ Explica RIVAS que «si la conducta lesiva es manifiestamente ilegal o arbitraria, la comparación necesaria para determinar si es aplicable o no el amparo no ha de hacerse entre el proceso ordinario y esa vía, sino entre ella y otras razonablemente aplicables (interdictos, amparos por mora, *mandamus* o *prohibimus*, si estuviesen consagrados), sin olvidar que el ordinario o sumario combinado con una medida cautelar no tiene la misma finalidad que el amparo pues puede proteger, pero no restituir el uso y goce –sin cortapisas y amenazas– del derecho individual» (RIVAS, Adolfo. *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, «L.L.» 1994-E-1330).

⁶⁵ VALLEFN, Carlos y MORELLO, Mario A. *El amparo. Régimen procesal*. La Plata: Editora Platense, 1995, p. 297.

Interponer el amparo no importa perder la vía ordinaria, sino tener dos vías en orden secuencial o sucesivo [...]. *Quien elige el ordinario pudiendo hacer el amparo, pierde este; quien hace el amparo puede todavía hacer el ordinario* [...]. Otra ventaja del amparo que lo hace más idóneo que la vía ordinaria es que la competencia lo es tanto por el domicilio del demandado –generalmente, la capital federal– como la del lugar en que el acto ha de producir sus efectos [...] puede ser diferente la percepción de los hechos y por ende del derecho por parte de los jueces del lugar, a veces con beneficio para el actor»⁶⁶. Cullen, aun manteniendo la tesis de la excepcionalidad del instituto⁶⁷, explica que «el carácter subsidiario o principal de la acción divide a la doctrina (en rigor lo de “alternativo” significa que es principal y no subsidiario porque el actor podrá voluntariamente escoger esta vía o no. Tal vez más correcto sería decir que se trata de una vía procesal principal pero, no exclusiva para la defensa de un derecho). Sin embargo, a poco que se analice el tema con detención se observará que la pretendida subsidiariedad se vincula con la existencia de «otro medio judicial más idóneo» (lo que descarta las vías previas o paralelas de carácter administrativo) y en verdad no hay ni puede haber otro medio más idóneo que el amparo para la protección inmediata de un derecho afectado dado que, por definición constitucional, debe este instrumentarse como “acción expedita y rápida”».

«De allí que me parece claro que el amparo no es subsidiario y, como consecuencia, el amparista no ha de probar el daño grave e irreparable ni la existencia de otro medio judicial más idóneo [...]».

«La “idoneidad” no tiene relación con la inexistencia de daño grave e irreparable, sino con la prontitud y eficacia de la protección»⁶⁸.

⁶⁶ GORDILLO, Agustín. *Un día en la justicia: Los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional*, L.L. 15/11/95, p. 59.

⁶⁷ *Convención Nacional Constituyente. Diario de Sesiones*, p. 4148.

⁶⁸ MARÍA CULLEN, Iván José. *El amparo*, Ponencia presentada en la XII Conferencia Nacional de Abogados, San Miguel de Tucumán, 12 y 13 de octubre de 1995, publicada en

Gozaíni, a su turno, explica que «cualquier proceso ordinario que tenga igual o similar aptitud para resolver la crisis constitucional desplaza la procedencia de la acción constitucional si completa el recaudo de prontitud y eficacia que lo habilita como proceso recurrente»⁶⁹.

En sentido diverso, Quiroga Lavié entiende que la amplitud con la que fue concebido el artículo 43 de la Constitución no implica que se haya ordinarizado al remedio, el cual sigue siendo un trámite procesal sumario y de excepción⁷⁰. A la misma corriente se adscriben Barra⁷¹; Badeni⁷²; Gelli⁷³; Natale—quien se apoya en jurisprudencia de la Corte Suprema nacional anterior a la reforma constitucional⁷⁴—; y también Sagüés, quien propone realizar una interpretación previsor, pues advierte que:

[E]s evidente que si se lo concibe como un mecanismo ordinario, y si

«Aequitas», publicación bianual del Colegio de Abogados de Rosario, año 1, N° 1, diciembre de 1995, Sección doctrina, pp. 19/20.

⁶⁹ GOZAÍNI, Osvaldo. *El derecho de amparo*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

⁷⁰ ROSATTI, Horacio *et al.* *La reforma de la Constitución. Explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1994, pp. 114-115.

⁷¹ BARRA, Rodolfo. *La acción de amparo en la Constitución reformada: La legitimación para accionar*, «L.L.» 1994-E-1087.

⁷² BADENI, Gregorio. *Reforma constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Ad hoc, 1994, p. 240.

⁷³ GELLI, María Angélica, *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, «L.L.» 15/11/95 (suplemento), p. 55, donde explica además que la existencia de medios judiciales descarta, en principio, la acción de amparo, y que tal principio cedería cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demoras o ineficiencias que neutralicen la garantía.

⁷⁴ Explica el autor que: «Luego de la Ley 16.986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en «Outón» que el art. 2 inc. d) «debe ser interpretado como el medio razonable concebido para evitar que la acción de amparo sea utilizada caprichosamente con el propósito de obstaculizar la efectiva vigencia de las leyes y reglamentos dictados en virtud de lo que la Constitución dispone, pero no como un medio tendiente a impedir que se cumplan los fines perseguidos por la misma Ley 16.986, cuando el acto de autoridad se fundamente en normas que resultan palmariamente contrarias al espíritu y a la letra de la ley de las leyes» («Fallos», 267-215). Tesis reiterada poco después en la causa «Empresa Mate Larangeira Mendes» («Fallos» 269-393)» (NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 65).

el nuevo art. 43 lo programa para custodiar derechos emergentes de la Constitución, de un tratado o de una ley, el amparo proliferará hasta alcanzar proporciones insospechadas [...].

En tal sentido, la aceptación de la doctrina del amparo como vía ordinaria, que fue lo no querido y rechazado por la constituyente, obliga también a meditar seriamente sobre la inflación (y consecuente devaluación) que puede producirse en esta acción. Es evidente que la judicatura argentina no está programada para absorber tal catarata de amparos y que la conversión de una carátula (de juicio común o ejecutivo, en «amparo») no surtirá el milagro de resolver la congestión de expedientes.

En definitiva, si llega a triunfar la doctrina del amparo directo (pese a su incompatibilidad con el *animus* constitucional) el Estado debería realizar –pero ahora mismo– una reforma estructural cuantitativa, cualitativa, erigiendo urgentemente el fuero constitucional (al estilo, *v. gr.*, del lanzamiento del juicio oral penal), para instrumentar y capacitar al conjunto de órganos judiciales suficientes a fin de asumir eficientemente al amparo directo, no subsidiario. Sin embargo, tal nueva especie de amparo seguiría siendo incompatible con el mensaje autoral que anida en el art. 43 de la Constitución.⁷⁵

356

Con relación a la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional, como lo destaca Gelli, de conformidad a lo sustentado en «Video Club Dreams»⁷⁶ la evaluación respecto de la existencia y aptitud de otras vías procesales debe hacerse en particular, dependiendo su determinación de la situación concreta de cada demandante⁷⁷. Sin embargo, esta claridad no ha sido tal a la hora de definir si el amparo conserva o no el rol

⁷⁵ SAGÜÉS, Néstor P. *Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (A propósito de la voluntad del constituyente)*, L.L., 9/10/95, p. 2.

⁷⁶ «Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía» C.S. V. 103 XXV (6/6/95). L.L., 4/9/95 (SDA)-I, 1995-B-1929.

⁷⁷ GELLI, María Angélica. *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, «L.L.» 15/11/95 (suplemento), p. 55.

supletorio o subsidiario⁷⁸.

Finalmente, es importante tener presente que la solución de esta problemática por vía de una u otra opción, lleva dos consecuencias distintas, pues si adherimos a la corriente del amparo subsidiario o supletorio, el actor deberá probar que objetivamente los procesos de que se dispone, aun articulando en ellos medidas cautelares idóneas, no evitarían la consumación del daño irreparable, y, por el contrario, si nos ubicamos en el amparo no como una vía ordinaria, la carga de la prueba de la existencia de un medio judicial más idóneo recaerá sobre la demandada o sobre el tribunal, aunque –en principio– no procedería el amparo si ya existiese causa judicial en trámite o se hubiere resuelto.

2.3.5.2. De fuente infraconstitucional

Entre las restricciones establecidas en la Ley 16.986 –regulatoria, como se adelantó, del amparo individual contra actos de autoridad– que no figuran en la Constitución, cabe evaluar, en función de lo establecido en su artículo 2:

357

- a) Las hipótesis en que el acto que se pretende impugnar emana de un órgano del Poder Judicial;
- b) Los supuestos de los actos adoptados por aplicación de la ley de defensa nacional;

⁷⁸ Ver SAGÜÉS, Néstor P. *Compendio de derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 461, con cita de CSJN, 23/02/95, «Villar, Carlos Alfredo c/Banco Central de la República Argentina s/amparo», *Fallos* 318:180; CSJN, «Berkeley», *Fallos*, 323:770; «Provincia de San Luis c/Estado nacional», *LL*, 2003-B-537, consid. 12; CSJN, 04/07/03, «Sindicato Argentino de Docentes Particulares -S.A.DO.P.- c/Estado Nacional», N° S.729 XXXVI 04147, CSJN, «Cooperativa El Florecer», *Fallos*, 327:4844; id., «Intendente de Ituzaingó», *Fallos*, 327:5246.

- c) Los casos en que la intervención judicial pudiera comprometer a los servicios públicos o al desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado, y
- d) Las hipótesis en las que se torna necesaria una amplitud de debate o de prueba;
- e) Los casos en que existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trata –norma que se repite, similarmente, en el art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17.454), que exige expresamente que la cuestión, por su naturaleza, no deba ser sustanciada por ninguno de los procesos establecidos por dicho Código u otras leyes–.
- f) Los supuestos en que la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

358

Analizando el primer supuesto, si bien la limitación luce contrapuesta a lo dispuesto por la Constitución –ya que alude a autoridades públicas, sin distinguir–, cabe recordar que para estos casos existe lo que Rivas denomina «amparo recurso» –esto es, el recurso extraordinario federal–, y que este puede ser, según el caso, un medio judicial más idóneo que el amparo previsto en el art. 43 de la Constitución.

Con relación al segundo y al tercer caso, ambos presentan la misma problemática que el caso anterior –esto es, la limitación respecto de la legitimación pasiva–, pero pareciera que siempre que se trate de una reglamentación razonable, explicada por motivos excepcionales y atendibles en beneficio siempre de la comunidad y no del gobierno, ello cabe dentro de las potestades constitucionales conferidas al Congreso.

Respecto del cuarto supuesto, no parece necesariamente incompatible con la Constitución vedar la ruta del amparo en casos en que la

brevidad de su trámite es incompatible para resolver casos que requieran mayor debate (complejidad normativa o axiológica)⁷⁹, o prueba (complejidad fáctica)⁸⁰.

Nos detendremos ahora en el quinto caso, pues presenta algunas singularidades importantes.

Como ya explicamos, el art. 43 de la Constitución solo establece que el amparo procede siempre que no exista un medio judicial más idóneo, sin aludir a remedios administrativos, mientras que el art. 2 de la Ley 16.986 requiere, para que el amparo proceda, que no existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trata.

La diferencia entre ambos textos lleva a discutir si luego de la reforma el amparo ha perdido su carácter subsidiario respecto de los

⁷⁹ Consecuentemente con el criterio de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, el amparo no está para resolver cuestiones que requieran un minucioso debate (concepto que no debe extenderse a las dificultades que pudieran presentarse al juez de la causa por su mayor o menor formación profesional). Sería, *v. gr.*, el caso en que se pretendiese discutir además la titularidad del derecho conculcado por alegarse una simulación cuya existencia o alcances se encuentran controvertidos. En tales hipótesis cabe seguir el criterio señalado por Rivas, quien explica que «el juez moderno goza del *non liquet* romano, pues al no ver claro, remite el caso a otro proceso, el cual no será ya el amparo sino uno de conocimiento amplio» (Cfr. RIVAS, Adolfo, *El amparo*. Buenos Aires: La Rocca, 1990, p. 201).

⁸⁰ Si bien las pruebas admitidas en el proceso de amparo regulados por la Ley 16.986 son, en principio, las mismas que pueden utilizarse en los procesos comunes, no pueden ofrecerse más de cinco testigos por cada parte, ni se encuentra permitida –con dudosa constitucionalidad– la absolución de posiciones de la contraria.

De tal suerte, así como la prueba producida puede servir para patentar la ilegitimidad de un acto que *prima facie* no reuniría esa cualidad disvaliosa –y que por no ser evidente permitiría el rechazo del amparo– (BIDART CAMPOS), por el contrario, la necesidad de desplegar un extenso material probatorio provocaría su declaración de inadmisibilidad, puesto que, como explica Sagüés, «la ley de amparo no descarta todas las cuestiones que exigen trámites probatorios, sino aquellas que requieren un aporte de pruebas superior al que puede normalmente rendirse en un proceso como es el del amparo» (SAGÜÉS, Néstor P. *Derecho procesal constitucional. Acción de Amparo*, Buenos Aires: Astrea, 4ª edición, t. 3, 1995, p. 246).

remedios administrativos, provocando, por un lado, un conflicto con la tradición funcional del amparo frente a los remedios de este tipo.

Así, por tal omisión del constituyente, la doctrina debate acaloradamente acerca de si, a partir de la reforma constitucional, sigue vigente la exigencia de transitar previamente algún trámite administrativo⁸¹, y, además, sobre si, de contestarse que no es necesario recorrer tales carriles, la utilización de la vía administrativa implicaría una opción del justiciable que tornase inadmisibile al amparo luego de agotada esta⁸².

Al respecto, el convencional Quiroga Lavié ha explicado que, si bien el tema fue discutido trabajosamente en el seno de la Comisión de nuevos derechos en la Convención Constituyente, se optó finalmente por no incluir los medios administrativos, con lo cual resulta inconstitucional la exigencia de la ley de amparo⁸³.

360

En la misma inteligencia, Bidart Campos indica que: «Es dable –y aconsejable– interpretar que en esta referencia al medio judicial más idóneo, el hecho de que la norma *omita aludir a vías administrativas* equivale a no obstruir la procedencia del amparo por el hecho de que existan recursos administrativos o de que no se haya agotado una vía de reclamación administrativa previa».

En este sentido, el art. 43 elimina una traba legal y jurisprudencial que, hasta ahora, solía entorpecer al amparo, y que solo se superaba –con

⁸¹ La Ley 16.986, que ordena probar que: a) se ha transitado y agotado la vía administrativa con anterioridad a la interposición del amparo, o b) tal vía no es idónea para proteger el derecho vulnerado. Sin embargo, esta previsión fue jurisprudencialmente morigerada, entendiéndose posible intentar el amparo durante el trámite administrativo cuando la autoridad pública demora su decisión por causas no imputables a la víctima del acto lesivo, y tal dilación ocasiona un daño grave e irreparable a este.

⁸² En este sentido, indica Rivas que si el particular encuentra que la administración le brinda un medio tuitivo suficiente podrá recurrir al mismo *optando* por no usar el amparo.

⁸³ Horacio Rosatti y otros, *La reforma de la Constitución. Explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*. Santa fe: Rubinzal Culzoni, 1994, pp. 114-115.

dificultad— en el caso de entenderse que utilizar las vías administrativas antes de deducir la acción de amparo originaba daño irreparable al promotor.⁸⁴

También Morello y Vallefín adhieren a esta tesis, indicando que a tenor del nuevo texto constitucional ha quedado derogada la exigencia de transitar los mecanismos de impugnación establecidos por las leyes de procedimientos administrativos (vías previas) como recaudo de admisibilidad del amparo; y que, respecto de las vías paralelas o concurrentes, por vía de principio, la concurrencia de un remedio legal distinto para la protección de los derechos que se dicen lesionados, excluye la admisibilidad de aquél, pero en cada caso debe hacerse un cálculo *realista* que ponga en evidencia la razonabilidad de la prescindencia *a priori* de un carril que a la postre será *claramente ineficaz*. De ese examen *fundado* se deriva que aunque los trámites que eventualmente correspondería utilizar pudieran considerarse *abstractamente* más convenientes y expeditivos, en su operatividad específica no alcanzarían, sin embargo, al resultado que solo puede brindar el amparo⁸⁵.

361

Entre otros aportes doctrinales, Cullen entiende que la omisión de referencia a vías previas paralelas de carácter administrativo descarta cualquier pretensión de exigibilidad de estas⁸⁶, mientras que Gozáini indica que el afectado no está obligado a transitarlas⁸⁷, postura que empalma con lo sostenido por alguna jurisprudencia⁸⁸.

⁸⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: Ediar, t. VI, 1995, p. 312.

⁸⁵ MORELLO, AUGUSTO M. y VALLEFÍN, Carlos A. *El amparo. Régimen procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2ª edición, 1995, pp. 31/6.

⁸⁶ CULLEN, Iván José María. *El amparo*, Ponencia presentada en la XII Conferencia Nacional de Abogados, San Miguel de Tucumán, 12 y 13 de Octubre de 1995, publicada en «Aequitas», publicación bianual del Colegio de Abogados de Rosario, año 1, N° 1, diciembre de 1995, Sección doctrina, pp. 19/20.

⁸⁷ GOZÁINI, Osvaldo. *El derecho de amparo*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 10.

⁸⁸ En «Schroder», la Sala 3ª de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, ha interpretado que a partir de la entrada en vigencia del art. 43 de la Constitución

Sin embargo, esta postura no solo no es pacífica, sino que cuenta con el disenso de autores de prestigio. Dentro de esta segunda corriente, Sagüés –al evaluar la problemática de la interpretación acerca de la omisión del Constituyente acerca de los trámites administrativos–, explica que:

[N]o puede inferirse –inevitablemente– que su tránsito esté excluido, aun en una interpretación literalista. El argumento *contrario sensu* como técnica interpretativa, y en el que aquí se basa la postura del amparo como acción directa, parte del adagio *Qui dicit de uno negat de altero; inclusione unis fit exclusio alterus* (lo que se dice de una cosa, se niega de otra, la conclusión de una excluye a la otra).

Sin embargo, como explican Aftalión, García Olano y Vilanova, «en puridad de verdad este argumento no prueba nada, pues si el legislador menciona un caso y no otro, no quiere forzosamente decir que haya querido excluir la disposición legal de este último [...] la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha repetido hasta el hartazgo que la solución justa de los casos «impone no aplicar rigurosamente las palabras de la ley con exclusión del indudable espíritu que las anima», y que una correcta hermenéutica tiene que tener en cuenta no solo la literalidad del texto normativo, sino «también los fines perseguidos con su sanción.

362

Por ello, «el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador» ya que esto es «el espíritu de la ley» [...]. La voluntad del Constituyente no es un dogma, pero normalmente merece respeto y seguimiento, en aras de una interpretación leal de la Constitución [...]. También cabe prevenirse de ciertos «oráculos de la Constitución», que so pretexto de haber actuado en ella, o de haber asesorado a algún constituyente, pretenden ser los monopólicos depositarios del espíritu de la Asamblea y los únicos que

Nacional se ha producido la derogación orgánica del requisito de inexistencia de otras vías administrativas para la procedencia del amparo, por resultar incompatible con sus disposiciones («L.L.» 1994-E-449).

pueden interpretar y pontificar sobre la Constitución «*ex autoritate Princeps*». ⁸⁹

Así planteadas las cosas, si bien no es factible determinar precisamente la inteligencia del mandato del constituyente, vale recordar que – como lo advierten Gelli y Masnatta–, «es conveniente no sacralizar la voluntad supuesta del legislador, ante los textos sancionados, pues aunque los proyectos, los motivos, los fundamentos, los trabajos en comisión tienen indudable valor, no constituyen los únicos instrumentos interpretativos»⁹⁰.

Ya con relación a si el tránsito de la vía administrativa es una opción que luego tornase inadmisibile al amparo, Rivas indica que «si el particular encuentra que la administración le brinda un medio tuitivo suficiente podrá recurrir al mismo *optando* por no usar el amparo»⁹¹.

Por último, en lo que hace al hábeas data, si bien la regla del tercer párrafo constitucional sigue en principio la suerte de los dos anteriores por tratarse de un amparo especializado, antes de la entrada en vigencia de la Ley 25.326, resultaba evidente la innecesariedad de agotar instancia administrativa alguna previamente a la iniciación de la acción, pues como lo indicara Bazán, como consecuencia de la especificidad del hábeas data, aparece *prima facie* inexigible tal tránsito de vías previas⁹².

A partir del dictado de la ley reglamentaria de la norma constitucional, resulta claro que antes de interponer un hábeas data corresponde por lo menos dirigir una comunicación al responsable del banco de datos personales en cuestión a fin de que, frustrada en todo o en parte

⁸⁹ SAGÜÉS, Néstor P. *Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (A propósito de la voluntad del constituyente)*, «L.L.», 9/10/95, p. 1.

⁹⁰ GELLI, María Angélica. *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, «L.L.» 15/11/95 (suplemento), p. 54.

⁹¹ RIVAS, Adolfo Armando. *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, «L.L.» 1994-E-1330.

⁹² BAZÁN, Víctor. *El hábeas data y sus peculiaridades frente al amparo*, en «Revista de Derecho Procesal», N° 4, Rubinzal Culzoni, pp. 258-259.

esta petición extrajudicial (ora de acceso a los datos, ora de ejercicio de alguno de los derechos conexos), quede viabilizada la acción⁹³.

De todos modos, una injustificada omisión de peticionar administrativamente lo que luego se demande judicialmente, no debiera desembocar en una declaración prematura de inadmisibilidad, sino en una eventual condena al evaluar la distribución de las costas del proceso.

⁹³ Art. 14.- Derecho de acceso

1. El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes.

2. El responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente.

Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido, o si evacuado el informe, este se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en esta ley.

Art. 16.- Derecho de rectificación, actualización o supresión

1. Toda persona tiene derecho a que sean rectificadas, actualizados y, cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos.

2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad.

3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la presente ley.

Art. 38.- Requisitos de la demanda

1. La demanda deberá interponerse por escrito, individualizando con la mayor precisión posible el nombre y domicilio del archivo, registro o banco de datos y, en su caso, el nombre del responsable o usuario del mismo.

En el caso de los archivos, registros o bancos públicos, se procurará establecer el organismo estatal del cual dependen.

2. El accionante deberá alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la presente ley.

2.4. Aspectos procesales básicos

Los diversos tipos y subtipos de amparo presentan particularidades propias, aunque preservan el principio básico exigido por la primera oración del art. 43 constitucional en cuanto a que en su diseño procesal no deben incluirse trabas que perjudiquen la expeditividad de la acción y la rapidez del proceso (aunque por un evidente apresuramiento el constituyente de 1994 estableció que se trataba de una «acción expedita y rápida de amparo»), caracteres típicos que constituyen la razón de ser del amparo en cuanto a mecanismo de protección inmediata frente a la característica lentitud de los procesos ordinarios.

Cabe recordar que, como lo indica Hernán Martínez: «donde procede el amparo, ineludiblemente procederá alguna acción ordinaria, nominada o innominada, porque el objeto constitucional del primero de seguro se incluye, por tutela primaria, dentro del objeto ordinario de la segunda [...]. En sustancia, todo lo que protege el amparo, lo protege también las acciones ordinarias. La cuestión es cómo y cuándo la protege [...] en el marco de las acciones ordinarias, la tutela judicial abarca su objeto propio y, en función del control jurisdiccional difuso, también la protección constitucional; pero, para el caso que esa tutela sea insuficiente, emerja un daño irreparable y el acto sea manifiestamente ilegítimo, la propia Constitución otorga una acción directa de inconstitucionalidad»⁹⁴.

365

Si nos ubicamos en el amparo individual, la cuestión aparece sumamente simple: existirá una constrictión en el procedimiento y una limitación en las defensas y pruebas que impactará en su rapidez y que por consecuencia relativizará el carácter de la cosa juzgada, pero hará de este proceso uno realmente apto para restablecer rápidamente la lesión o su amenaza. Y lo mismo ocurrirá en el caso del hábeas data. Pero la cuestión no parece tan simple cuando avanzamos hacia los restantes

⁹⁴ MARTÍNEZ, Hernán J. *Del contencioso-administrativo y del amparo en la provincia de Santa Fe*, La Ley Litoral, mayo de 1997.

tipos principales de amparo contenidos –ora expresa, ora implícitamente– en el segundo párrafo de la norma e incluso en el tercero cuando se utiliza con remisión al segundo (el hábeas data colectivo o de clase), pues precisamente la mayor complicación se presenta en lo referente a las versiones colectivas del instituto, en especial frente a la ausencia de una regulación integral tanto del amparo colectivo (porque solo hay algunos trazos de regulación aplicables a los casos de violación al derecho al ambiente) como del amparo de clase (ya que solo cuenta con un reconocimiento legal escueto y parcial en la ley de defensa del consumidor y con otro general pero pretoriano, realizado por la Corte Suprema nacional en el citado caso Halabi, que a falta de regulación expresa recuerda ciertas pautas que emergen de algunos de sus propios precedentes⁹⁵ y remite al molde de regulaciones foráneas –la estadounidense,

⁹⁵ En efecto, entre los considerandos 12 y 13, sostuvo el Alto Tribunal: a) en otras ocasiones la Corte ha advertido que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes, b) la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo strictu sensu sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como el hábeas corpus colectivo («Cels» o «Verbitsky», Fallos: 328:1146, considerandos 15 y 16), pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo del art. 43, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla; c) dada la naturaleza de los derechos en juego en este caso, la calidad de los sujetos integrantes del colectivo y el principio de interpretación de las normas más allá de su letra y conforme a la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, un afectado, el defensor del Pueblo y determinadas asociaciones pueden deducir, en los términos del segundo párrafo del art. 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano («Cels», Fallos: 328:1146, considerando 17 y sus citas); d) ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, es indispensable formular algunas precisiones a fin de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la «acción colectiva» delineada en el fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Así, la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como: 1) la precisa identificación del grupo o colectivo

la española y la brasileña— mientras las acciones de clase no resulten reglamentadas⁹⁶. Nos referiremos a ellos a continuación, separadamente.

afectado; 2) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación; 3) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; 4) que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte; 5) la implementación de adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

La Corte también se preocupa por fundamentar el otorgamiento, en el caso concreto de la demanda articulada por Halabi, del carácter *erga omnes* de la decisión, diciendo que tal efecto «halla fundamento no solo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación (como se había afirmado en baja instancia), sino que se sustenta en la proyección superadora de la regla *inter partes*, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente; en concreto se encuentran soluciones de la índole referida en las regulaciones especiales que instauran instrumentos de carácter colectivo para obtener reivindicaciones en materia de defensa a los usuarios y consumidores (art. 54, párrafo segundo, de la Ley 24.240) y en lo atinente a daño ambiental (art. 33, *in fine*, de la Ley 25.675)» (Valga aquí aclarar que el art. 54, segundo párrafo, de la ley de defensa del consumidor expresa: «la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga». De un modo semejante, el art. 33 *in fine*, de la Ley 25.675 dispone que «la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias»).

⁹⁶ En tal sentido expresó la Corte: «17. Que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos. Al respecto, en lo que aquí interesa, resulta ilustrativo traer a colación que en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del Bill of peace del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las *class actions* cuya definición conceptual quedó plasmada en las Federal Rules of Civil Procedure de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas

decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las Federal Rules de 1966. La Regla 23 (Equity Rule 23) de ese ordenamiento determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuando: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable, 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase, 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente. El juez debe admitir la pretensión deducida por parte de un representante de la clase, efectuando un adecuado control de su representatividad y de la existencia de una comunidad de intereses. La decisión que se adopta tiene efectos *erga omnes*.

«En el contexto de la citada disposición es posible distinguir tres tipos de acciones: la primera diseñada para los supuestos en que el ejercicio individual de las pretensiones mediante procesos individuales resulte perjudicial para el enjuiciado o para los miembros del colectivo por crear el riesgo de sentencias contradictorias o disímiles respecto de los sujetos individuales, que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo o que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes, o que sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses. El segundo tipo es aquél concerniente a los supuestos en que la contraparte del grupo ha evidenciado una conducta positiva u omisiva por motivos vinculados a aquél, lo que torna apropiado una resolución condenatoria o declarativa que involucre a todo el conjunto. El tipo restante se presenta cuando el juez otorga primacía a los puntos fácticos o jurídicos comunes a los integrantes del grupo por sobre cualquier cuestión que afecte solo a sus miembros individuales, de manera tal que la acción del colectivo es siempre superior a la acción individual. «18) Que cabe hacer presente, asimismo, la regulación vigente en España que, aunque circunscripta al ámbito de los consumidores y de los usuarios, presenta una singular solución para los problemas que generan la participación, la legitimación procesal y los alcances de las decisiones en las demandas de contenido colectivo. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (N° 1 del 7 de enero de 2000; BOE núm. 7, del 8 de enero de 2000, p. 575-728, corrección de errores BOE N° 90, del 14 de abril de 2000, p. 15278 y BOE N° 180, del 28 de julio de 2001, p. 27746) reconoce la calidad de parte procesal ante los tribunales civiles a los «grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables».

«El grupo podrá demandar en juicio cuando se constituya con la mayoría de los afectados (art. 6, inc. 7). En esas condiciones, la norma otorga legitimación para la tutela de los intereses colectivos no solo a las asociaciones de consumidores y usuarios y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos sino, además, a los propios grupos de afectados (art. 11, inc. 2).

«En referencia también a los derechos e intereses de los consumidores, el ordenamiento legal de Brasil prevé una acción civil colectiva de responsabilidad por daños individualmente sufridos cuya articulación puede ser ejercida en juicio en forma individual o a título colectivo. La normativa autoriza la defensa colectiva para los supuestos de intereses o derechos difusos transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas

2.4.1. El amparo individual

El primer párrafo del artículo 43 constitucional nacional trae algunas disposiciones –nos limitaremos a ellas porque el detalle de las emergentes de las normas procesales excede el objetivo de este trabajo– que se conectan con la estructura misma del proceso de amparo, y que si bien se insertan en el párrafo que regula al amparo individual, se extienden a todas sus versiones.

En tal regla se destaca, en primer lugar, la caracterización del amparo como una acción «expedita» y «rápida».

Interpreta Morello que, con la caracterización de «expedita» se quiere significar que la acción no debe estar sometida a condicionamientos (lo cual puede ser conectado con la problemática del rol subsidiario del amparo respecto de trámites administrativos y judiciales)⁹⁷, y que con respecto a lo de acción «rápida», se alude a que la tutela que debe brindar la jurisdicción debe hacerse *prontamente*, esto es, sin gastos y sin el recorrido de las tupidas redes de los trámites judiciales ordinarios⁹⁸.

369

En similar sentido, Rivas explica que:

Expedito quiere decir libre, desembarazado; precisamente lo que limitaba el amparo afectando su aplicación eran los condicionamientos a los que estaba sometido. Lo expedito debe jugar tanto en el momento

indeterminadas y relacionadas por circunstancias reales; los intereses o derechos colectivos transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; y los intereses o derechos individuales homogéneos, por los que se entienden los resultantes de origen común (arts. 81, 91 y ss. del Código de Defensa del Consumidor, Ley 8078, del 11 de setiembre de 1990)».

⁹⁷ MORELLO, Augusto Mario, *El amparo después de la reforma constitucional*, en «Revista de Derecho Privado y Comunitario», N° 7, *Derecho privado en la reforma constitucional*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1994, p. 225.

⁹⁸ *Ibid.*

inicial como mantenerse y sobre todo estar presente al tiempo de la sentencia. No tendría sentido abrir el curso procesal para luego llegar a la conclusión de que no es claro el vicio jurídico de la conducta lesiva y remitirla a las vías ordinarias. De tal manera, el concepto referido importa el decaimiento del *non liquet* que la línea restrictiva otorgara a los jueces. [...]

Rápido y expedito no son sinónimos ni términos que tengan alguna posibilidad de equivalencia pero de todas maneras están correlacionados. La rapidez impuesta por la Constitución se refiere al trámite procedimental que deba seguirse para obtener un resultado protector así como a la aplicación del resultado mismo. Nada puede establecerse en orden a dejar una vía expedita que lleve a la vez a un retardo o postergación en la efectividad protectora. Carece de sentido habilitar un curso de amparo para concluir como remate en la necesidad de tener que recurrir a otro camino.⁹⁹

370

La norma constitucional en realidad confunde acción con proceso, al menos en cuanto dispone que la acción debe ser «rápida», pues nos parece que si bien es factible aludir a una acción expedita —en el sentido de que no debe encontrar obstáculos de índole procesal para su interposición—, no resulta técnicamente muy apropiado hablar de una acción rápida, ya que ello en realidad caracteriza al proceso¹⁰⁰.

De todos modos, ambos términos utilizados por el Constituyente son similares y confluyen para implicar que la acción no debe encontrar obstáculos de índole procesal para su interposición y trámite, y que además los términos que deben fijarse dentro del proceso

⁹⁹ RIVAS, Adolfo Armando. *Perspectivas del amparo después de la reforma constitucional*, en «Revista de Derecho Procesal» N° 4, Rubinzal Culzoni, p. 34.

¹⁰⁰ En tal sentido, Adolfo Armando RIVAS ha sostenido recientemente que, en rigor técnico la característica de «expedita» corresponde a la acción, mientras que la de «rápida» corresponde ser atribuida al procedimiento (Disertación pronunciada en las «Cuartas Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional», Mar del Plata, 12 y 13 de octubre de 1995).

deben ser más abreviados que los de los ordinarios (en este sentido, es usual que los jueces procedan a la habilitación de días y horas inhábiles, y que las normas procesales locales lo conciban como un típico proceso de feria).

Por tal motivo, las reglamentaciones legales del amparo genérico suelen adoptar como marco general el del juicio sumario con adaptaciones propias enderezadas a tornar efectiva la garantía, el cual, conforme lo explica Rivas, importa un proceso de conocimiento no pleno, sino abreviado o restringido, de manera que su juez padece de una limitación cognoscitiva¹⁰¹.

Gozaíni, al referirse a esta característica procedimental asignada al amparo y aludiendo específicamente a los regulados en el ámbito federal por las leyes 16.986 (que adoptó la vía del juicio sumario para el amparo contra actos de autoridad) y 17.454 (que escogió el procedimiento sumarísimo para el amparo contra actos de particulares), advierte que los amparos «constríen a las partes a un juego de abreviaciones:

371

- a) *En la pretensión*, pues se limita a denunciar el acto o la omisión de autoridad pública o de particulares que, en forma actual o inminente, produzca un acto lesivo a un derecho o garantía constitucional, o reconocido en leyes y tratados;
- b) *En el procedimiento*, al tener escasas alternativas para la alegación y réplica; como para ampliar la producción de la prueba disponible (principio de celeridad procesal);
- c) *En el tiempo*, que insume el trámite, y por la brevedad de plazos y términos;

¹⁰¹ RIVAS, Adolfo Armando. *Contribución al estudio del amparo*, L.L., 1984-B-931, cit. por Néstor P. SAGÜÉS y María Mercedes SERRA, *Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pp. 151 y 152.

- d) *En las limitaciones a recursos y demás impugnaciones*, soportando únicamente el derecho a recurrir de la sentencia, al rechazo *in limine* del amparo, o las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado¹⁰².

2.4.2. El amparo colectivo

Dado que la Constitución no regula aspectos procesales adicionales de los tipos contenidos en el segundo párrafo del art. 43, cabe referir que en la regulación subconstitucional que se encargó parcialmente de ellos (ley general del ambiente) además de las reglas referidas a la legitimación activa y pasiva y al modo que deben responder los legitimados pasivos cuando exista más de un responsable del daño ambiental (arts. 30 y 31, a los que ya hemos aludido *supra*), la ley refiere a continuación, en el art. 32, específicamente a las reglas de competencia –que declara no alteradas por esta regulación especial–, y dispone que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales «no admitirá restricciones de ningún tipo o especie». También otorga amplias facultades al juez como director del proceso a fin de obtener el fin último de la norma, que no es otro que el de brindar una tutela amplia al bien jurídico tutelado y a quienes fueran afectados por su vulneración, amplitud que se refleja en el régimen cautelar e incluso llega al punto de permitirle prescindir del principio de congruencia¹⁰³.

372

¹⁰² GOZAÍNI, Osvaldo A. *El derecho de amparo*. Buenos Aires: Depalma, 2° edición, 1998, p. 67.

¹⁰³ Artículo 32.- La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

Por último, en el art. 33 estipula que los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental que fueran agregados al proceso «tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales», aunque claro, esto es así «sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación» (precisamente porque podrían provenir precisamente de uno de jurídicamente responsables por la afección al bien jurídico tutelado), y que la sentencia que se dicte «hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias»¹⁰⁴.

2.4.3. El «amparo de clase»

Como ya se adelantó, la Corte Suprema nacional reconoció la existencia –implícita en el art. 43 constitucional– de la acción de clase en defensa de los derechos individuales homogéneos, y en sus considerandos 17 y 18 exhortó a aplicar a los procesos en los que ellas se tramiten –y mientras no se dicte una regulación específica al respecto– los criterios emanados de tres ordenamientos jurídicos que las regulan, a su modo deber, de manera compatible con el nuestro.

373

A esto, y previamente, al referirse a las acciones de clase en general, indicó la Corte entre sus considerandos 12 y 13:

a) No hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las acciones de clase, y en esto destaca la mora del legislador al respecto, afirmación que complementa luego en el considerando 15 al expresar que es irrelevante que la acción colectiva prefigurada en la referida cláusula constitucional no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva, pues ese

¹⁰⁴ Artículo 33.- Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación.

La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para la tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados, dado que, como ya expresó el Tribunal al respecto: basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad («Siri» y «Kot», Fallos: 239: 459 y 241: 291, respectivamente), sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias (Fallos: 315: 1492);

b) La reglamentación legal es imperiosa pues en ella se debe determinar cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia y cómo se hacen efectivos.

374

De todos modos, atento a que es la primera oportunidad en la que se delimitan los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y no existe una reglamentación al respecto, cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza;

c) La norma constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular¹⁰⁵;

¹⁰⁵ Expresa además la Corte que: «donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limita-

d) La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211: 1056 y 215: 357), por lo que en la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige;

e) La procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado¹⁰⁶. Sin perjuicio de lo expuesto, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados;

ciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239: 459; 241: 291 y 315: 1492)».

¹⁰⁶ Sobre tales requisitos, la Corte expresa: «El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta».

Hasta el momento, más allá de algunas previsiones locales que pudieran ser aplicables analógicamente y que son las que están contenidas de la Ley General del Ambiente, solo se ha tratado muy limitadamente esta temática en la Ley de Defensa del Consumidor, regla que sirve de marco para la articulación de otras acciones de clase, y que debe ser entroncada con lo dicho por la Corte en «Halabi», especialmente respecto del alcance de sus propios precedentes, en los considerandos 19 y 20 a los que ya hemos hecho referencia.

Pasando ya concretamente al contenido de la Ley de Defensa del Consumidor. En principio se dispone sobre la legitimación activa para promover las acciones en defensa de consumidores y usuarios, tanto de manera individual como colectiva, tal como se indicó *supra* (artículos 52 y 55). Luego se prevé la posibilidad de la aplicación de una multa civil (daño punitivo) a favor del consumidor, estableciendo las pautas para su graduación y disponiendo que cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento «responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan».

376

Esta regla en principio no resultaría aplicable en un amparo desde que la corriente mayoritaria entiende que en este proceso no se pueden incluir pretensiones indemnizatorias¹⁰⁷.

Con relación a las normas del proceso, la ley prevé que las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en ella se regirán por «las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido

¹⁰⁷ Artículo 52 bis.- Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b de esta ley.

de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado»¹⁰⁸.

También establece que tanto cuando las acciones sean promovidas en razón de un derecho o interés individual como cuando refieran a la defensa de intereses de incidencia colectiva, tales actuaciones «gozarán del beneficio de justicia gratuita», aspecto que ha dado lugar a múltiples interpretaciones en cuanto a la extensión de dicha gratuidad e incluso se ha planteado la inconstitucionalidad de esta imposición a través de una ley federal por invadir aspectos tributarios procesales locales que no fueron delegados constitucionalmente por los estados federados al estado federal. La propia norma excepciona el principio de gratuidad cuando la demandada acredite «la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio»¹⁰⁹. En materia probatoria, exige a los proveedores de bienes y servicios «aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio»¹¹⁰.

Al regular específicamente aspectos del trámite de las acciones de incidencia colectiva, establece pautas para arribar a un acuerdo concili-

¹⁰⁸ Artículo 53.- Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado [...].

¹⁰⁹ Artículo 53.- [...] Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

¹¹⁰ Artículo 53.- [...] Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio [...].

liatorio, el cual requiere previa vista al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados (regla no aplicable, claro está cuando que este revista el carácter de actor) y su homologación por medio de auto fundado que deje a salvo «la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso»¹¹¹.

Con respecto a la sentencia, estipula que cuando se esté ante una con carácter definitivo y firme, cabrá su publicación en de acuerdo a lo previsto en la Ley 26.856 (lo que implica que se le haga también a través del portal de la Corte Suprema), y que en su caso, la autoridad de aplicación que corresponda «adoptará las medidas concernientes a su competencia y establecerá un registro de antecedentes en materia de relaciones de consumo»¹¹².

378

En cuanto a los efectos de la sentencia, establece que cuando esta acoja la pretensión «hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones» (con excepción de “aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia”), ello siempre, claro, «en los términos y condiciones que el magistrado disponga».

¹¹¹ Artículo 54.- Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que este sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

¹¹² Artículo 54 bis.- Las sentencias definitivas y firmes deberán ser publicadas de acuerdo a lo previsto en la Ley 26.856. La autoridad de aplicación que corresponda adoptará las medidas concernientes a su competencia y establecerá un registro de antecedentes en materia de relaciones de consumo.

Agrega que si la cuestión tuviese contenido patrimonial (regla que como se dijo *supra*, no sería en principio aplicable, según doctrina mayoritaria para los supuestos en que se recurra a la vía del amparo, dado que tradicionalmente no se admite su articulación para reclamar indemnizaciones) establecerá «las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral», reglando además que si se dispusiera la restitución de sumas de dinero, esta «se hará por los mismos medios que fueron percibidas», y que «de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación», pero para el caso en que estos «no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado»¹¹³. Finaliza estipulando que para el caso en que haya «daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán estos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda»¹¹⁴.

2.4.4. El hábeas data

El hábeas data puede formularse tanto en su versión individual, como en las colectiva y de clase, aunque en realidad, cuando se excede

¹¹³ Artículo 54.- [...] La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

¹¹⁴ Artículo 54.- [...] Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán estos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

de aquella dimensión individual, esto es, cuando existe una violación generalizada, ordinariamente se estará más ante una acción de clase en defensa de derechos individuales homogéneos que ante una acción en defensa de derechos de incidencia colectiva en general, ya que será normalmente posible conformar a la clase con individuos que comparten el tratamiento de la misma categoría de datos y en ciertos tipos de bancos de datos personales, tal como lo detectó la Corte al fallar el caso Halabi¹¹⁵.

Sin embargo, solo se ha regulado la primera de estas tres versiones, en el marco de la Ley General de Protección de Datos Personales (Ley 25.326), donde por impedimentos constitucionales solo la parte general relativa al tratamiento de datos se aplica en toda la República (además de los delitos específicamente creados en la ley y lo atinente al órgano de control nacional), y lo referente al proceso de hábeas data se limita a los juicios tramitados ante la justicia federal (dado que compete a los estados federados regular lo atinente a sus procesos constitucionales por efecto de lo establecido en los artículos 5 y 75.12 de la Constitución nacional).

En su ley reglamentaria federal se ocupa solo de regular el hábeas data individual, remitiendo en todo lo no reglado a la acción de amparo general¹¹⁶, aspecto que no deja de traer sus complicaciones por mezclar reglas relativos a los juicios sumario y sumarísimo sin indicar cuáles se aplicarían de ellas, y por resultar en una ambigua regulación¹¹⁷.

¹¹⁵ En el caso, por ejemplo, la Corte detectó la presencia de una clase conformada por todos los usuarios de servicios de telecomunicaciones alcanzados por la «Ley espía» impugnada, de modo que lo resuelto beneficiaba directamente a todos los integrantes de esa clase, sin perjuicio de que los beneficios efectos del fallo pudieran extenderse al resto de la sociedad.

¹¹⁶ Artículo 37.- Procedimiento aplicable

La acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la presente ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo.

¹¹⁷ De su texto pueden entenderse dos soluciones: o se está diciendo que se aplican

Se destacan como diferencias respecto de su legislación subsidiaria algunos aspectos procesales típicos, como la expresa mención a la necesidad de realizar un reclamo extrajudicial previo que condiciona la viabilidad de la acción¹¹⁸, la previsión de dos medidas cautelares específicas¹¹⁹, el desdoblamiento del trámite en dos fases (una de acceso a

escalonadamente las normas de ambos procesos, o se está indicando que si se trata de un hábeas data contra actos de autoridad se regirá supletoriamente por las normas del amparo de la Ley 16.986 y si se está demandando a particulares, por las del juicio sumarísimo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¹¹⁸ Artículo 14.- Derecho de acceso

1. El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes.

2. El responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente.

Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido, o si evacuado el informe, este se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en esta ley [...].»

381

Artículo 16.- Derecho de rectificación, actualización o supresión

1. Toda persona tiene derecho a que sean rectificadas, actualizados y, cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos.

2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad.

3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la presente ley [...].

Artículo 38.- Requisitos de la demanda [...]

2. El accionante deberá alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la presente ley.

¹¹⁹ Artículo 38.- Requisitos de la demanda

3. El afectado podrá solicitar que mientras dure el procedimiento, el registro o banco de datos asiente que la información cuestionada está sometida a un proceso judicial.

la información y otra de operación sobre ella)¹²⁰, el carácter relativo de la cosa juzgada cuando la acción resulta rechazada¹²¹ y la necesidad de notificar el fallo a la autoridad de control instituida por la misma ley¹²².

Por su parte, en el hábeas data expresamente previsto para el acceso a las historias clínicas, la Ley de Derechos del Paciente, en su artículo 20, luego de conceder la acción de hábeas data a todo sujeto legitimado en los términos de la ley, dispone que a dicha acción se le deberá imprimir «el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte

4. El juez podrá disponer el bloqueo provisional del archivo en lo referente al dato personal motivo del juicio cuando sea manifiesto el carácter discriminatorio, falso o inexacto de la información de que se trate.

¹²⁰ Artículo 39.- Trámite

1. Admitida la acción el juez requerirá al archivo, registro o banco de datos la remisión de la información concerniente al accionante. Podrá asimismo solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime procedente.

2. El plazo para contestar el informe no podrá ser mayor de cinco días hábiles, el que podrá ser ampliado prudencialmente por el juez.

Artículo 41.- Contestación del informe

Al contestar el informe, el archivo, registro o banco de datos deberá expresar las razones por las cuales incluyó la información cuestionada y aquellas por las que no evacuó el pedido efectuado por el interesado, de conformidad a lo establecido en los artículos 13 a 15 de la ley.

Artículo 42.- Ampliación de la demanda

Contestado el informe, el actor podrá, en el término de tres días, ampliar el objeto de la demanda solicitando la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales, en los casos que resulte procedente a tenor de la presente ley, ofreciendo en el mismo acto la prueba pertinente. De esta presentación se dará traslado al demandado por el término de tres días.

¹²¹ Artículo 43.- Sentencia [...]

3. El rechazo de la acción no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante.

¹²² Artículo 43.- Sentencia [...]

4. En cualquier caso, la sentencia deberá ser comunicada al organismo de control, que deberá llevar un registro al efecto.

más apto y rápido», y que en el ámbito federal «esta acción quedará exenta de gastos de justicia»¹²³

3. Conclusiones

En el caso argentino la acción de amparo se fue perfilando gradualmente en lo que actualmente pretende ser: un instrumento ágil, expeditivo y eficaz, específicamente destinado a asegurar la vigencia de los derechos humanos –mientras no se encuentren cubiertos por el hábeas corpus–, ante una lesión actual o inminente que no pueda ser eficazmente conjurable por otros medios legales (característica, esta última, no exigida para el caso del hábeas data y obviamente tampoco para el hábeas corpus).

Si bien con antelación al dictado de la reforma constitucional de 1994 existían severas restricciones a la plena operatividad del amparo,

¹²³ Artículo 19.- Legitimación. Establécese que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica:

- a) El paciente y su representante legal;
- b) El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que este se encuentre imposibilitado de darla;
- c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal.

A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original. Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester.

Artículo 20.- Negativa. Acción. Todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 de la presente ley, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, dispondrá del ejercicio de la acción directa de «hábeas data» a fin de asegurar el acceso y obtención de aquélla. A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido. En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia.

varias de estas se han superado por las nuevas reglas constitucionales emergentes de dicha reforma, lo que además obliga a auscultar sobre la compatibilidad respecto de las normas de fuente internacional aplicables en la República, en especial aquellas dotadas de jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna.

De todos modos, esta tarea de «separar la paja del trigo» no está exenta de dificultades, puesto que no se ha develado sin lugar a duda alguna si determinadas restricciones son en definitiva compatibles o no con la Constitución, situación que será muy probablemente zanjada si se produce una reforma integral a la legislación que regula las acciones, procesos y recursos constitucionales, en especial si se adopta un Código Procesal Constitucional e incluso si se previeran magistraturas constitucionales especializadas que permitirían otorgarle al instituto –en todas sus versiones– el brillo y el lugar que merece.

384

La principal preocupación en la actualidad, como ya se habrá observado, radica en la regulación procesal de los procesos colectivos, porque pese a que mucha agua ha corrido bajo el puente desde la creación jurisprudencial del amparo colectivo en el ya célebre caso Kattan a pocos años de nuestro regreso a la democracia, y también han pasado varios años de lo resuelto en «Cels» pero especialmente en Halabi para las acciones y procesos de clase, no se ha regulado integralmente esta problemática. Esto reclama la urgente atención no solo del Congreso nacional sino también, y especialmente, la de las legislaturas de los estados federados, ante cuyos estrados judiciales seguramente se tramitarán la mayoría de los amparos colectivos y las acciones de clase, mientras no se establezcan pautas específicas para los casos en que corresponda la competencia federal.

Mientras tal regulación integral no acontezca, cabe a los jueces adoptar soluciones prácticas que permitan garantizar un estándar mínimo de protección compatible con las normas internacionales y con los propios mandatos constitucionales, que en definitiva implicará el

respeto de la cincuentenaria máxima establecida por la Corte argentina al crear el amparo contra particulares, esto es que –y como ya se citó al comienzo– se preserve la siguiente máxima: «siempre que aparezca [...] de modo claro y manifiesto, que la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del recurso de amparo».

Esta, en definitiva, es la tésis del instituto y la que surge precisamente de los mandatos emergentes de la norma convencional regional por excelencia: el Pacto de San José de Costa Rica, cuyas reglas, en la interpretación realizada de ellas por la Corte IDH, deben ser aplicadas, por efecto del sistema de control de convencionalidad pergeñado por este órgano regional, tanto por parte del Poder Judicial como de cualquier autoridad del Estado, incluyéndose, claro está, el Tribunal Nacional de Clausura, que a la sazón ha aceptado dicho control con la sola reserva del margen de apreciación nacional que la misma Corte IDH se encarga a su vez de respetar.

El juicio de amparo mexicano: luces y sombras de su nuevo ropaje

✍ ISAAC DE PAZ GONZÁLEZ*

ENRIQUE URIBE ARZATE**

Sumario: 1. Introducción. 2. Las reformas de 2013 y su *iter*. 2.1. Las nuevas figuras procesales. 3. Las dos acciones de amparo. 3.1. Amparo indirecto. 3.2. El amparo directo. 4. Las nuevas figuras sustantivas: claros-curos. 5. Prospectiva del amparo: el impacto de la Contradicción de Tesis 293/2011. 6. Conclusión.

387

1. Introducción

Casi dos siglos han transcurrido desde las primeras normas que regularon el procedimiento de amparo mexicano como un proceso constitucional. El *nomen iuris* de tan afamado recurso le ha ganado el respeto en Iberoamérica y ha servido de inspiración para no pocos recursos de protección constitucional en el derecho comparado¹. En el siglo XIX, el amparo fue una de las aportaciones mexicanas

* Doctor Cum Laude en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por la Universidad de Castilla - La Mancha, España. Profesor de tiempo completo e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, campus Tijuana.

** Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Miembro del sistema nacional de investigadores, categoría II.

¹ Uno de los trabajos más completos sobre los recursos de amparo en el mundo; que destaca la diferencia cualitativa (omnicomprensiva) del mexicano, puede verse en BREWER CARIAS, Allan R, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America A Comparative Study of Amparo Proceedings*. Cambridge University Press, 2009.

—más notables— al constitucionalismo que trazó los primeros lustros de la América Independiente. Sin embargo, en la era moderna del constitucionalismo de los derechos; del control fuerte hacia los poderes públicos, y del papel de los jueces constitucionales como portadores de la garantía e interpretación constitucional, el amparo ha tenido que reinventarse frente al contexto de desigualdad y exclusión, que erosionan el disfrute de las prerrogativas del gobernado.

Recordemos que, durante la mayor parte del siglo XX, nuestro amparo fue un paradigma en el control constitucional; no hubo otro medio de defensa tan usado, estudiado y ensalzado por sus virtudes protectoras frente a las arbitrariedades del poder².

Aunque, esta misma virtud conllevó su defecto: tener la genealogía de ser un recurso estrictamente jurídico, alejado de las causas populares o, por así decirlo, del constitucionalismo democrático³, pues no había funcionado como mecanismo de lucha frente al poder del gobierno o de las corporaciones⁴. Así, dura el siglo XX el amparo mexicano fue un medio de impugnación constitucional que una y otra vez

² Incluso era usado para reivindicar la supremacía constitucional ya que las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales se crearon hasta la reforma de 1994. Antes de esa época, el único medio de control del poder era el amparo. Así que, de algún modo, México llega tarde al uso del constitucionalismo como fuente de soluciones democráticas a problemas legales y políticos del Estado, de sus órganos y del poder.

³ Tomamos esta acepción de SIEGEL y POST, que se refieren a la discusión constitucional estadounidense que en el siglo XX se enmarcó entre las concepciones progresistas y las propuestas conservadoras. En aquel contexto, la Corte de Earl Warren fue capaz de construir una jurisprudencia emancipadora de los derechos de las minorías; esta visión progresista —a decir de los autores— comparte una perspectiva crítica que antepone los mandatos constitucionales a las posibles divergencias entre jueces y legisladores. Cfr. POST, Robert y SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, pp. 34-41.

⁴ Hasta que a partir de 2013, la Ley de Amparo (artículos 1 y 5) facilita el ejercicio de acciones en contra de los poderes privados; y de forma transversal, se les obliga a llevar a cabo su actividad conforme a los parámetros constitucionales.

se modificó en cuanto a competencia, órganos de jurisdicción, alcances y formas de su ejercicio⁵.

Este capítulo tiene por objetivos exponer las ventajas de las reformas de la Ley de Amparo de 2013 desde las perspectivas procesales y sustantivas. Por otra parte, también se hará alusión a las desventajas que la institución sigue presentando en cuanto a los tipos de amparo que existen en la nueva Ley. Sin duda, los avances son ciertos, aunque aún hay áreas significativas para que el amparo se modernice en algunos aspectos sustantivos y sea un medio eficiente de control constitucional para el gobernado común y no solo una herramienta contrapuesta a la legalidad, como (por desgracia) a veces lo ha sido.

Bajo estas consideraciones, la revisión que se realiza en este capítulo tiene la finalidad de exponer las cualidades más relevantes del amparo; de sus ventajas como institución procesal y de las dificultades que enfrenta en el plano sustantivo para salvaguardar los derechos humanos, todo ello sin omitir que el amparo ha sido una herramienta de depuración de la legalidad en los procesos judiciales, pero que le hacen falta cualidades procedimentales para convertirse en una herramienta eficiente de control constitucional tanto objetivo como subjetivo.

389

2. Las reformas de 2013 y su *iter*

La necesidad de modificar la Ley de Amparo de 1936, tomo forma de iniciativa de ley en el año 1999, pero no se concretó hasta que se retomó con más seriedad el proyecto en el año 2008; que finalizó en

⁵ COLLÍ EK menciona que por lo menos desde 1917 han existido 14 reformas procesales y constitucionales para mejorar el instrumento de amparo. *Vid.*, COLLÍ EK, Víctor Manuel, «La evolución constitucional del amparo en México, 1917-2013. Notas para su Estudio»; disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/HistoriaDerecho/28/esc/esc9.pdf>>; el estudio muestra que la formación y evolución del amparo de acuerdo a las necesidades y contingencias que se presentaron para ampliar su ejercicio y sus esquema procesal hasta la fecha.

2013⁶. Por ello, se trata de una reforma trabajada durante una década, y aunque, en general, los resultados de la nueva ley son plausibles, hizo falta compaginar ciertos temas relativos a la reforma de la Constitución en materia de derechos humanos de 2011⁷. Al no hacer tener una relación armoniosa entre normas de proceso y normas sustanciales existen algunas divergencias entre la ley de amparo y las normas constitucionales; y se generan relaciones negativas entre la eficacia de la norma sustantiva y las normas procesales para obtener aquellos derechos. Por ejemplo, se incrementó la legitimación grupal (amparo colectivo) para promover el juicio de amparo pero, a su vez, también se aumentaron las causales de improcedencia y se han creado algunas líneas confusas de jurisprudencia contraria al efecto protector de los derechos humanos⁸. Otra de las limitaciones es la restricción del plazo (a 8 años) para

⁶ En el proyecto se afirma que: «la iniciativa que se presenta pretende recoger ampliamente los esfuerzos de la Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo (Comisión), Nación, esfuerzos que se vieron consolidados a través del Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 2000 [...] Debemos recordar que esta Comisión se encargó de recibir, analizar y discutir las propuestas generadas desde el propio Poder Judicial de la Federación para reformar el juicio de amparo, así como las ideas planteadas por académicos, docentes, investigadores, miembros de asociaciones de abogados, colegios, academias y sociedad civil en general. Resulta claro que la diversidad de las propuestas mencionadas y el ánimo incluyente que prevaleció durante la existencia de la Comisión, hicieron posible que el Proyecto fuera un texto coherente, integral y consensuado». Cámara de Senadores, Exposición de Motivos, Iniciativa de Senadores (diversos grupos parlamentarios), *Gaceta N° 208*, México D.F., 15 de febrero de 2011, pp. 4-5.

⁷ Todos estos temas, a nuestro modo de ver, tienen que ver con la adecuación de las normas sustantivas de la Ley de Amparo, y las adjetivas (por ejemplo la apariencia del buen derecho) y las directrices constitucionales a través de los criterios y técnica de aplicación e interpretación de los derechos humanos que se agrupan en: el principio pro persona, el principio pro *iusitia socialis*, pro *natura*, interés superior del menor, *in favor debilis* y en general, con relación a los derechos grupales. Todas estas directrices se hallan dispersas en la nueva ley de amparo, y débilmente relacionadas con la suplencia de la queja reconocida en el artículo 79 de la Ley de Amparo.

⁸ Sobre estos puntos volveremos más adelante en el apartado de la prospectiva del amparo como garantía efectiva y de no regresividad a los derechos humanos. En la parte final

interponer el amparo e impugnar una sentencia de pena privativa de libertad, como si la libertad fuese un derecho renunciable⁹.

Al respecto y con una perspectiva crítica, al analizar las reformas de 2013, Cárdenas Gracia sostiene que no se trata de una ley garantista y que no hay una conexión con las reformas a la Constitución ni en materia de amparo ni en materia de derechos humanos y que al contrario, tiene deficiencias desalentadoras¹⁰.

Es cierto que la nueva ley tiene ciertas desventajas, pero, en nuestra óptica, el proceso de amparo se puede maximizar a través del reconocimiento sustantivo de los derechos humanos del bloque internacional y con una propuesta más dinámica que pueda alinear las disposiciones del artículo 1 constitucional y los análisis e interpretaciones de los derechos humanos en amparo¹¹.

Por ello, el análisis este trabajo hará referencia en primer lugar a las ventajas y cualidades del amparo, y luego nos centraremos en su prospectiva. Como una breve digresión; afirmaremos que el amparo mexicano es distinto a sus pares iberoamericanos o de otras latitudes,

de este trabajo se analizan algunas cuestiones concernientes al retroceso interpretativo de la Contradicción de tesis 293/2011 emitida por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en fecha 3 de setiembre de 2013.

⁹ El artículo 17 de la Ley de Amparo fracción II dice: «Cuando se reclame la sentencia definitiva condenatoria en un proceso penal, que imponga pena de prisión, podrá interponerse en un plazo de hasta ocho años...». Esta norma contiene una limitación antitética de la libertad, pues no se puede -por el transcurso del tiempo, perder, renunciar o ceder, pues con ello se niega el acceso a la justicia o aun recurso judicial efectivo, previsto en el sistema internacional de los derechos humanos.

¹⁰ Cfr. CÁRDENAS GRACIAS, Jaime, «La nueva Ley de Amparo», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, julio - diciembre 2013, pp. 383-409.

¹¹ Especialmente los concernientes a estos párrafos: «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

que funcionan (en su mayoría) como recursos extraordinarios de cuestiones propiamente constitucionales en casos específicos, y no necesariamente como recurso de casación. En España funciona como recurso exclusivo de los preceptos que ordena su Constitución, en Brasil se cuenta con el mandado de *segurança* individual o colectivo; en estados Unidos la Corte Suprema puede resolver algún asunto en última instancia si se cumplen los requisitos del *writ of certiorari*. Pero, salvo el caso argentino, ninguno de ellos es similar o parecido al mexicano, más bien, el mexicano es parecido a todos porque abarca dos tipos de acciones contra todos los tipos de actos de (todas) las autoridades que trastoquen los derechos humanos. La fracción I del artículo 1 de la Ley de Amparo condensa esta amplitud del objeto de control del amparo:

392

Artículo 1º. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte [...].

En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley». Pues de esto se pueden deducir que: hay un mandado constitucional de acatar el derecho internacional sin restricciones que limite la eficacia de los derechos humanos; que los principios del sistema universal son vinculantes para todas las autoridades mexicanas; que los derechos no solo tienen una dimensión justiciable sino exigible en toda la esfera pública y privada; y que no se admiten fórmulas que empeoren la situación de los derechos humanos. Incluso, SILVA GARCÍA va más allá y critica la postura interpretativa de los derechos humanos en la Contradicción de tesis 293/2011 de la Suprema corte de Justicia de la Nación, que asume una posición restrictiva de los derechos humanos del bloque internacional. *Passim*, SILVA GARCÍA, Fernando, *Principio Pro Homine vs Restricciones Constitucionales. ¿Es Posible Constitucionalizar el Autoritarismo?*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014.

Esta esta fracción se refiere tanto actos de autoridad como a los de particulares que actúan con esa cualidad; cuando su función o intervención en las relaciones públicas y privadas tienen sustento en alguna norma general. El artículo 5 menciona: «Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general».

En este primer acercamiento al amparo tenemos que su reconfiguración de 2013 fue solo un cambio institucional pues en esencia es un juicio constitucional de suma importancia para la cultura de la legalidad, pues no pocos jueces del fuero común actúan con cautela antes de resolver alguna cuestión (que implique la interpretación directa de derechos constitucionales) y optan por esperar la interpretación constitucional que surge a través del amparo. Esta condición pedagógica del amparo no siempre es fructífera, pues existe un gran número de jueces de distrito y de tribunales colegiados de circuito¹² de cuyas interpretaciones es imposible hacer una relatoría precisa, por lo que el amparo se ha convertido en un instrumento cotidiano de confrontación legal-constitucional, dejando a un lado la expulsión y destrucción de leyes y actos contrarios al programa normativo de la Constitución y los tratados.

¹² Para darnos una idea de esto mencionaremos que tan solo en el año 2015, según el Consejo de la Judicatura Federal, de acuerdo al movimiento estadístico por materia y por rubro, en el Primer Circuito (Ciudad de México) los tribunales colegiados resolvieron 61, 662 amparos directos y los juzgados de distrito, conocieron de 49514 amparos indirectos, disponible en: http://www.dgepj.cjf.gob.mx/anexos/2015/graficas/c1_2015.pdf; Ahora bien, si tenemos en cuenta que a enero de 2016 hay 809 órganos de amparo en todo el territorio nacional, el número de casos en que se interpreta, se aplica o se le da un sentido a la Ley de Amparo y a la Constitución mediante la justicia federal, el asunto se vuelve todavía más complejo y el amparo se vuelve un procedimiento difícil de calificar en temas de eficiencia y control del sistema jurídico.

2.1. Las nuevas figuras procesales

De las reformas a la Ley de Amparo de 2013, destaca la ampliación de su procedencia contra actos –u omisiones– de los poderes públicos y privados que trastoquen derechos humanos. Los actos abarcan una gama muy completa para proteger todos los ámbitos en que los derechos humanos se ven inmiscuidos en disputas por su adjudicación.

Las omisiones que se llevan a control constitucional son verdaderas acciones negativas que tienen por objeto lesionar la parte dinámica de la Constitución. Esta parte requiere de acciones concretas que desarrollen las directrices de la norma superior, es por ello que se insistió en el control de dichas omisiones para evitar que las reglas constitucionales que ordenan «acciones positivas» tengan un desarrollo en el ámbito de las competencias de cada autoridad¹³. Una directriz insoslayable es la que presenta el artículo 1 de la Constitución en su párrafo tercero que ordena: «promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad».

394

Estas son acciones positivas para todos los momentos y para el diseño de la actividad legislativa, ejecutiva y judicial; que en caso de no ser llevadas a cabo, son objeto de control judicial. Por ello, las fracciones y posibilidades de procedencia previstas en el artículo 1 de la Ley de Amparo deben leerse en consonancia con el artículo 1 de la Constitución Federal. A mayor abundamiento, el nuevo factor de control –de omisiones– que revisa la inactividad de las autoridades es un catalizador para que los jueces de amparo insten a las responsables a cumplir con sus obligaciones –de hacer– previstas en la Constitución; a desarrollarlas, o a darles en enfoque dentro del programa de los derechos huma-

¹³ Muchas veces a través de leyes marco, pero también en aspectos administrativos, de política pública o en el plano económico o cultural, porque la Constitución regula todos esos aspectos bajo directrices que no necesariamente tienen su correlativo a través de una legislación especial.

nos. Esto no sería necesario si todas las autoridades cumplieran con las leyes o la política del marco constitucional; como ocurre todo lo contrario, el ensanchamiento del amparo (para abarcar aspectos omisivos) refleja el alto grado de incumplimiento de obligaciones positivas de los tres poderes; pues en materia jurisdiccional del fuero común existe un alto grado de litigio en contra actos procesales o de sentencias directas que ponen fin a un juicio¹⁴; en materia de política legislativa existe un retraso o cuando menos un rezago del desarrollo de las normas constitucionales¹⁵. Ante la ausencia de interés constitucional de dar cumplimiento a las normas constitucionales, se justifica la intervención constitucional, para hacer válida la estipulación normativa de los derechos como obligaciones vinculantes de los poderes públicos.

Por otro lado, una de las primeras barreras que impone el amparo a las omisiones surge frente a la actividad del poder legislativo. En razón de que la Ley de Amparo no es clara –en que esta *ausencia de conducta* configura una violación a los derechos sustantivos– es, y ha tenido que ser, el intérprete judicial quien da forma a la procedencia del amparo

¹⁴ Dos vertientes del alcance del amparo como remedio a las arbitrariedades judiciales están dispuestos en la Ley de amparo que dice: «Artículo 107. El amparo indirecto procede: [...] IV. Contra actos de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo realizados fuera de juicio o después de concluido. V. Contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; VI. Contra actos dentro o fuera de juicio que afecten a personas extrañas». Sin perjuicio del grueso de violaciones por las que normalmente procede en amparo directo conforme a todas las reglas previstas en los artículos 170, 171 y 172 de la Ley de amparo.

¹⁵ Por mencionar solo algunos ejemplos: el artículo 35 fracción VIII, de la Constitución Federal, fue reformado en 2012; sin embargo, (por sí mismo) dicho precepto parece que no es suficiente, al depender de un desarrollo legislativo, ya que La Ley de Consulta popular es de 2014, y hasta entonces pudieron iniciarse algunos procedimientos de consulta popular, sobre el salario mínimo y la reforma energética; todos tildados de inconstitucionales por la SCJN por tratarse de temas sobre los ingresos del Estado.

en contra de las omisiones del poder legislativo¹⁶, pues ya se ha dado el caso en que este tipo de amparo es rechazado, por notoriamente improcedente; de esta forma se afirma que:

Tomando en consideración que para analizar si existe una inconstitucionalidad omisiva el operador jurídico debe revisar que: i) exista un mandato normativo expreso (ya sea de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de un tratado internacional o de una ley) que, luego de declarar la norma «programática» que proponga un derecho fundamental dotado de contenido y alcance, requiera de complementación «operativa» en las leyes o acciones conducentes; ii) se configure la omisión del cumplimiento de tal obligación por el legislador o funcionario competente de cualquiera de los órganos públicos; y, iii) esa conducta vulnere un derecho o garantía, lo que se sitúa en la tensión entre la máxima efectividad que debe atribuirse a un texto constitucional y la realidad [...].¹⁷

396

La tesis expuesta deja entrever una causa eficiente en la Ley de Amparo (o al menos suficientemente clara) para determinar que este recurso sí es procedente en contra de la falta de *desarrollo legislativo* de los preceptos constitucionales. Aquí es necesario apuntar que una de las exigencias del Estado constitucional es la apreciación fuerte de la relación entre derechos y garantías; a fin de que los primeros no caigan

¹⁶ «En este sentido, la omisión legislativa puede definirse como la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivo, de aquellas normas de obligatorio y concreto desarrollo, de forma que impide la eficaz aplicación y efectividad del texto constitucional, esto es, incumple con el desarrollo de determinadas cláusulas constitucionales, a fin de tornarlas operativas, y esto sucede cuando el silencio del legislador altera el contenido normativo, o provoca situaciones contrarias a la Constitución». Omisión Legislativa. Su concepto. Tesis: I.4°.A.21 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 1, diciembre de 2013, tomo II, p. 1200.

¹⁷ Comisión legislativa o administrativa. el motivo de desechamiento de una demanda de amparo, consistente en que no procede el juicio en su contra, no es notorio, manifiesto ni indudable, porque implica un estudio exhaustivo sobre el tema que no es propio de un acuerdo, sino de la sentencia, tesis: xi.1°.a.t.33 a (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 9, agosto de 2014, tomo III, p. 1861.

en aspiraciones jurídicas inocuas; ya que al no existir un mecanismo de defensa, el derecho se torna ficticio, débil y sin ninguna posibilidad de adjudicación o protección. Sobre este punto es que el amparo se tiene que reforzar con la aplicación y armonización de los textos del derecho internacional; para robustecer la horizontalidad de este bagaje y anular normas y actos que contradigan aquellas directrices. Incidentalmente, esto trae como consecuencia que –en la realidad– el control de la responsabilidad legislativa sea un tema difícil de juzgar en tribunales, con lo cual, se debilita la acción de amparo como medio de control judicial objetivo de la Constitución¹⁸.

Otro de los temas con mayor relevancia y que fue un verdadero giro positivo para favorecer causas sociales importantes es la legitimidad colectiva para presentar una demanda de amparo cuando se trata de intereses atribuibles a un grupo determinado de personas; siempre que se trate de una afectación real a la esfera jurídica de tales grupos. Así, el artículo 1 de la Ley de amparo menciona:

397

Artículo 5. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1º de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo. El jui-

¹⁸ Y la legitimidad democrática en sí misma, pues no hay manera de que el mandante le dé órdenes a su mandatario. No obstante, se puede opinar que la representación política es un tema vedado en materia judicial pero si queremos mayor racionalidad en materia de medios de control. El reconocer que se puede obligar al legislador a través de una decisión judicial es simplemente parte del sistema de pesos y contrapesos; o si se quiere, del dialogo constitucional entre los poderes públicos para fortalecer el Estado constitucional y sus funciones objetivas a través de todos los medios jurídicos y políticos posibles.

cio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si estos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Bajo el bloque del interés legítimo, el amparo se ha fortalecido para proteger derechos colectivos, de pueblos indígenas, del medio ambiente, del agua potable y para favorecer la acción constitucional de grupos marginados; pues en este aspecto se ha desarrollado un criterio incluyente para que en cada caso se reconozca el interés legítimo¹⁹. Es así como las peticiones populares pueden tener cabida dentro de un procedimiento de control constitucional, situación que ya ha rendido sus primeros frutos jurisprudenciales (tal como veremos más adelante).

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que el amparo colectivo representa una vertiente semi-objetiva pues el beneficio que se

¹⁹ «En esta lógica, mediante el interés legítimo, el demandante se encuentra en una situación jurídica identificable, surgida por una relación específica con el objeto de la pretensión que aduce, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial o grupal, por lo que si bien en una situación jurídica concreta pueden concurrir el interés colectivo o difuso y el interés legítimo, lo cierto es que tal asociación no es absoluta e indefectible; pues es factible que un juzgador se encuentre con un caso en el cual exista un interés legítimo individual en virtud de que, la afectación o posición especial frente al ordenamiento jurídico, sea una situación no solo compartida por un grupo formalmente identificable, sino que redunde también en una persona determinada que no pertenezca a dicho grupo. Incluso, podría darse el supuesto de que la afectación redunde de forma exclusiva en la esfera jurídica de una persona determinada, en razón de sus circunstancias específicas. En suma, debido a su configuración normativa, la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los diversos juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica, ello a la luz de los lineamientos emitidos por esta Suprema Corte, debiendo interpretarse acorde a la naturaleza y funciones del juicio de amparo, esto es, buscando la mayor protección de los derechos fundamentales de las personas [...]». Interés legítimo. contenido y alcance para efectos de la procedencia del juicio de amparo (interpretación del artículo 107, fracción i, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). CT: P/J. 50/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 12, Noviembre de 2014, tomo I, p. 60.

pretende rebasa los límites de la tradicional²⁰ sentencia «entre las partes» cuando se trata del derecho al medio ambiente, o del agua potable²¹. Sin embargo, existe una crítica fundada sobre las interpretaciones que la corte mexicana impone al interés legítimo mediante «la tendencia interpretativa de la Corte que ha insistido en introducir conceptos indefinibles como el orden público e interés social como prevalente a las necesidades individuales²².

3. Las dos acciones de amparo

El procedimiento de amparo mexicano históricamente ha sido de dos tipos: 1. El recurso de impugnación en contra de un acto que lesione (o que en forma inminente fuese a transgredir) un derecho humano de índole constitucional o previsto en los tratados internacionales; y 2. Como recurso de casación (amparo judicial) en contra de una sentencia definitiva que pone fin a un juicio y sobre la que no exista ningún otro medio de impugnación.

399

De acuerdo a lo que dispone el artículo 33 de la Ley de Amparo, los órganos judiciales competentes del amparo son: la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los tribunales colegiados de circuito; los tribunales unitarios de circuito; los juzgados de distrito; y los órganos jurisdiccionales de los poderes judiciales de los Estados y del Distrito Federal, en los casos previstos por la Ley de Amparo.

²⁰ Una de las limitaciones históricas de nuestro amparo es que la sentencia que se dicta solo beneficia a quien promueve el juicio. Se trata de la fórmula creada Mariano Otero que pervive en el artículo 73 de la ley actual en el que se afirma: «Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda».

²¹ En cuyos casos la sentencia favorece no solo a la persona que promovió el juicio sino a otros sujetos o grupos interesados en obtener el mismo derecho.

²² Esta crítica parte de la interpretación que ha hecho la SCJN en algunas resoluciones en que ha debilitado el interés legítimo y fortalecido el interés público. Cfr. MONTAYA CAMARENA, Ramsés, Rafael, «Interés Legítimo en Amparo». Un instrumento procesal «comunitarista», *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 30, junio-diciembre 2014, UNAM, México, pp. 151-178.

Esta competencia concurrente de diversos órganos jurisdiccionales es una cualidad *sui generis* del amparo mexicano que le otorga una ventaja: atender un gran número de demandas de amparo en todos los sectores del juicio; pero también es su talón de Aquiles: al contar con un gran número de órganos judiciales que se pronuncian sobre temas de: derechos humanos y control constitucional, la interpretación se dispersa y se fragmenta la unidad y utilidad del *razonamiento constitucional*²³. El riesgo de este tipo de competencia concurrente es que el amparo se convierte en un mecanismo subjetivo de adjudicación de derechos pero con pocos efectos para lograr el saneamiento del sistema jurídico a través de la expulsión de normas contrarias a la Constitución.

A diferencia de otros sistemas, ni siquiera cuando se pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la SCJN) y emite una jurisprudencia se tiene la certeza de que los operadores atiendan la interpretación del máximo intérprete de la Constitución. Ello es así porque en el cúmulo de asuntos de amparo fallados por la SCJN²⁴, la información se pierde en el mar de jurisprudencias, tesis aisladas y criterios emitidos por otros órganos jurisdiccionales²⁵.

²³ Ya que cada órgano tiene su propio «criterio» de interpretación constitucional y no se siguen patrones homogéneos ni en los juzgados de distrito ni en los tribunales colegiados de circuito.

²⁴ La SCJN puede conocer de un amparo si: «Artículo 40. El pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrán ejercer, de manera oficiosa o a solicitud del Procurador General de la República la facultad de atracción para conocer de un amparo directo que corresponda resolver a los tribunales colegiados de circuito [...]»

²⁵ Con esto no queremos señalar que las decisiones de las SCJN sean inatendibles, sino que no cuentan con un mecanismo de permeabilidad en los juicios o procesos de adjudicación de los derechos, o en las directrices legislativas; ya que al efecto sería de mucha utilidad que los pronunciamientos de la SCJN tuviesen receptividad en el sector público, en la elaboración de leyes o en la actividad de los gobiernos locales; pues la SCJN es el máximo intérprete de nuestra Constitución y al ser el portavoz de los valores, estos debería asumirse en la cultura jurídica de todos.

3.1 Amparo indirecto

Se trata de un medio de control constitucional preventivo y correctivo para proteger o garantizar a favor de un sujeto, o de un grupo con interés legítimo o jurídico, sus derechos fundamentales. Este procedimiento de amparo cuenta con tres etapas o momentos del juicio:

1. Inicial: que se conforma por la interposición de la demanda ante los juzgados de distrito (que implica el estudio de la procedencia o el desechamiento). En esta etapa se emite el pronunciamiento de la suspensión del acto reclamado y pide el informe a la autoridad señalada como responsable.

2. Audiencia constitucional y sentencia: Una vez que obren las constancias del acto reclamado, se llevará a cabo la audiencia en la que las partes podrán desahogar sus pruebas y formular alegatos. Después de esto, el juez de amparo emitirá la sentencia; y en contra de aquella procede el recurso de revisión, que será resuelto por un órgano superior (que puede ser un Tribunal Colegiado de Circuito o la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

3. La etapa de impugnación, de la cual conoce el Tribunal Colegiado de Circuito o la SCJN. Esta etapa implica la revisión de la sentencia de amparo dictada en «primera instancia», para efecto de revisar nuevamente la constitucionalidad, ahora del órgano inferior.

De acuerdo con el artículo 107 constitucional, el amparo indirecto es procedente contra:

1. Todo tipo de normas generales.²⁶

²⁶ Que se catalogan de acuerdo al aludido precepto en: «a) Los tratados internacionales aprobados en los términos previstos en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; salvo aquellas disposiciones en que tales tratados reconozcan derechos humanos; b) Las leyes federales; c) Las constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; d) Las leyes de los Estados y del Distrito Federal; e) Los reglamentos federales; f) Los reglamentos locales; y g) Los decretos, acuerdos y todo tipo de resoluciones de observancia general».

2. Contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo;
3. Contra actos de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo realizados fuera de juicio o después de concluido.
4. Contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos humanos.
5. Contra actos dentro o fuera de juicio que afecten a personas extrañas.
6. Contra las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal, o por suspensión de procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño; y
7. Contra actos de autoridad que determinen inhibir o declinar la competencia o el conocimiento de un asunto.

402

Las causas de procedencia del juicio de amparo revelan que se trata de un procedimiento con múltiples aristas para revisar actos de autoridades de la administración pública, de representación social en materia penal, de fuentes legislativas y judiciales; y como novedad, de los particulares que actúan con poder cuando prestan algún servicio público o en las relaciones privadas.

En este último aspecto, se ha consolidado en la Ley de Amparo la posibilidad de combatir la desigualdad horizontal en el ámbito privado, pues diversas corporaciones como bancos, prestadores de servicios de telecomunicación, o agentes comerciales, tienen una gran influencia a la hora de imponer condiciones de mayor ventaja frente a los usuarios de sus servicios; situación que conlleva a un plano desigual en la eficacia de los derechos²⁷. Cabe señalar que la eficacia de los derechos frente a

²⁷ La interpretación ha reconocido que: «En este marco, los derechos de libertad se conciben como los límites necesarios frente al poder, derechos públicos subjetivos que, por

particulares se ha consolidado gracias a la influencia que ha ejercido el ámbito interamericano²⁸ y que ha permeado en México a través de la jurisprudencia²⁹ y la Ley de Amparo.

Por otra parte, es necesario reconocer que el gran número de supuestos de procedencia del amparo en contra de actos de origen judicial es un indicador de la falta de parámetros de legalidad y constitucionalidad dentro del sistema procesal; y no solo en el fuero común sino en

tanto, solo se conciben en las relaciones ciudadanos-poderes públicos y son únicamente oponibles frente al Estado. Pero estos límites no se consideran necesarios en las relaciones entre particulares, fundamentadas en el principio de la autonomía de la voluntad». Tesis: Derechos fundamentales. Son susceptibles de analizarse, vía amparo directo interpuesto contra la sentencia definitiva que puso fin al juicio, en interpretación directa de la Constitución, aun cuando se trate de actos de particulares en relaciones horizontales o de coordinación. Registro N°. 166 676; 9a. Época; T.C.C.; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; tomo XXX, agosto de 2009, p. 1597. I.3o.C.739 C.

²⁸ Existe una tendencia jurisprudencial consolidada de la protección de los derechos humanos entre los particulares. En la Opinión consultiva 18/03 la Corte Interamericana reconoció que: «no hay que minimizar las obligaciones *erga omnes* partes, tampoco en el plano conceptual, por cuanto, mediante el ejercicio de la garantía colectiva, tales obligaciones pueden servir de guía, o mostrar el camino, para la consagración, en el futuro, de las obligaciones *erga omnes lato sensu*, debidas a la comunidad internacional como un todo. Y, en el plano operativo, las obligaciones *erga omnes* partes bajo un tratado de derechos humanos como la Convención Americana también asumen especial importancia, ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos consagrados en la Convención, que requiere el claro reconocimiento de los efectos de las obligaciones convencionales *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), inclusive particulares (*v.g.*, en las relaciones laborales)», Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, *Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de setiembre de 2003, solicitada por Los Estados Unidos Mexicanos.

²⁹ Esta tendencia ha venido de menos a más en la SCJN, recientemente se afirmó en diverso amparo que: «[...] es necesario advertir que el poder del empresario es una amenaza real a los derechos del trabajador, no por considerar tales poderes como intrínsecamente perversos, sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial -sus principios económicos y sus valores normativos- actúa como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo». Principio de la autonomía de la voluntad e incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales; 1a. CDXXVII/2014 (10a.), 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, diciembre de 2014; tomo I; p. 242.

los procesos federales en materia civil, mercantil, penal o de justicia administrativa. Si bien es cierto que la defensa de las categorías procesales constitucionales deben estar garantizadas por todos los jueces de cualquier materia, también es verdad que existe insuficiencia en la cultura de regularidad constitucional en todas las etapas de los procedimientos ordinarios ante tribunales del fuero común. Asimismo, el sector de la administración pública municipal, estatal y federal, carece de mecanismos de regularidad constitucional para llevar a cabo sus procedimientos y esto genera un alto índice de impugnación de sus actos.

Bajo estas consideraciones podemos afirmar que el amparo indirecto es el remedio judicial más usado para confrontar violaciones sustantivas en procesos seguidos ante cualquier tipo de autoridades. A nuestro modo de entender, en la labor judicial, hace falta mayor vinculación entre actos procesales y las normas constitucionales del debido proceso, las formalidades de las notificaciones, el acceso a la justicia y el derechos a ser oído y vencido en juicio; a fin de evitar su posterior anulación debido a las violaciones que se dan en estos procedimientos.

404

El punto del precepto citado, se refiere a una de las aportaciones más importantes en el aspecto de las víctimas –o los ofendidos del delito– es la posibilidad que se les atribuye para combatir las arbitrariedades³⁰ del fiscal cuando no se haga la reparación del daño por la

³⁰ Aunque en interpretaciones recientes también se han incorporado los amparos contra negativas de aplicar medidas de protección a las víctimas, tal como se alude en la jurisprudencia siguiente: «Ello es así, porque esas medidas de protección no son apelables conforme a los *numerus clausus* de los artículos 467 y 468 de la mencionada legislación adjetiva; además, no se trata de resoluciones de mero trámite que se resuelvan sin sustanciación, contra las que procede el diverso recurso de revocación, en tanto que se requiere fundar y motivar la razón por la que se estima que el imputado representa un riesgo inminente para la seguridad de la víctima u ofendido, aunado a que en los casos de las fracciones I, II y III del artículo 137 en comento, están sujetas a control judicial a los cinco días de impuestas; de ahí que al no prever dicho código algún recurso ordinario para impugnar esas medidas, en su contra procede el juicio de amparo indirecto». Medidas de protección a la víctima u

comisión de un delito. Aquí, el amparo tiene mucho sentido dentro del procedimiento penal porque es un obstáculo para evitar la corrupción en las fiscalías cuando se pretende dejar de investigar o no ejercer la acción penal. El amparo más genérico es aquel que se promueve en contra de actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por estos los que hagan imposible el ejercicio efectivo de los derechos humanos³¹; así, y al no existir ningún recurso ordinario que las partes en juicio puedan hacer valer, el medio más usado es el amparo. Esto aplica también para los procedimientos en materia administrativa que se siguen ante las autoridades de la administración pública de la federación (que a su vez contempla los organismos públicos paraestatales y desconcentrados), de los estados y de todos los municipios.

En suma, las entradas del amparo como medio ordinario de impugnación contra actos inconstitucionales son innumerables y operan en todos los sectores de la administración pública y de los procesos jurisdiccionales.

405

Por otra parte, y en cuanto al denominado «amparo libertad», este sigue teniendo una base constitucional para controvertir las detenciones ilegales. Se trata de proteger la libertad personal de las personas frente a detenciones que no cumplan con los requisitos de flagrancia o caso urgente previstos en los artículos 16 y 18 de la Constitución Federal.

ofendido del delito previstas en el artículo 137 del Código Nacional de Procedimientos Penales. al no prever dicho código algún recurso ordinario para impugnarlas, en su contra procede el juicio de amparo indirecto. Tesis: I.2º.P.41 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, setiembre de 2015, tomo III, p. 2089.

³¹ Y en especial cuando los bienes jurídicos sean fundamentales. En el sistema de amparo el código de estos derechos está previsto en el artículo 22 constitucional, que en caso de violaciones es estos derechos, la Ley de Amparo menciona en su artículo 15 que se deben proteger de forma inmediata.

El amparo libertad es uno de los sectores más amplios de la jurisdicción constitucional de la libertad. Por desgracia, el estado de la seguridad pública en México es una situación que permite activar cotidianamente la protección constitucional frente a detenciones ilegales. Esto ha provocado una sobreexplotación del amparo libertad que en muchas ocasiones solo busca prolongar la investigación, o conocer los actos de la autoridad investigadora.

En consecuencia, la protección constitucional se ha tergiversado en la práctica, pues en los procesos de investigación del delito se promueven amparos con el afán de retrasar el avance de las diligencias, o de obtener información idónea en la etapa de investigación con el fin de eludir o entorpecer su desarrollo.

Por otra parte, uno de los avances del amparo, acorde al contexto de violaciones a los derechos de libertad, integridad personal y a la vida, se cuenta con provisiones especiales en amparo en casos de desaparición forzada³². Una de las cualidades del amparo indirecto es que su estructura obedece a un verdadero litigio en el que se integra el proceso. La diferencia es que en la etapa de juicio y sentencia, las probanzas ofertadas están encaminadas a demostrar: la existencia del acto que se reclama y su contrariedad a la Constitución. Incluso se ofrecen pruebas periciales para acreditar cuestiones científicas o técnicas. Por tanto, el juicio de amparo indirecto se erige como un proceso encaminado a confrontar, señalar actos, normas u omisiones de autoridades o de operadores privados que transgredan el contenido sustancial de los derechos humanos de los quejosos.

³² En el artículo 15 se establece que: «Cuando, por las circunstancias del caso o lo manifieste la persona que presenta la demanda en lugar del quejoso, se trate de una posible comisión del delito de desaparición forzada de personas, el juez tendrá un término no mayor de veinticuatro horas para darle trámite al amparo, dictar la suspensión de los actos reclamados, y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima».

Otra de las nuevas figuras procesales en amparo indirecto es la *apariencia del buen derecho*. Esta figura surge cuando se emite el acuerdo de admisión de demanda, para decretar la procedencia (o su negativa) de la suspensión del acto reclamado. La Ley de Amparo dice:

Artículo 138. Promovida la suspensión del acto reclamado el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social y, en su caso, acordará lo siguiente:

I. Concederá o negará la suspensión provisional; en el primer caso, fijará los requisitos y efectos de la medida; en el segundo caso, la autoridad responsable podrá ejecutar el acto reclamado; [...].

Es loable que la nueva ley contemple, la apariencia del buen derecho como parte de la vieja fórmula del *fumus bonis iuris* y del *periculum in mora*. Lo que hace falta es que en el procedimiento de suspensión del acto reclamado se haga la confrontación en abstracto del acto reclamado frente a los derechos humanos que se alegan trastocados para emitir la orden de protección. Se puede afirmar que la apariencia del buen derecho es una de las reformas que subió (de la jurisprudencia) al texto de la Ley de Amparo, ya que desde 2006 la SCJN sostenía que:

407

[...] en la suspensión es factible hacer una apreciación de carácter provisional de la inconstitucionalidad del acto reclamado, la concepción de este último dejó de ser avalorada para transformarse en valorada, lo que ocasiona que ahora la confrontación del interés individual con el orden público y el interés social se aprecie de una forma concreta; así el acto ya no se verá en abstracto, sino que podrá determinarse su probable inconstitucionalidad [...] y si se advierte del análisis de la apariencia del buen derecho que el acto de autoridad reclamado rebasa los límites de su competencia, es factible otorgar la suspensión.³³

³³ Suspensión en el amparo. Para concederla debe efectuarse la ponderación entre la apariencia del buen derecho, el orden público y los intereses social e individual en forma concreta, tesis VII.2o.C.25 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* xxiv, Novena época, octubre de 2006, p. 1543.

La interpretación citada alude una cuestión capital en materia de control constitucional: la posibilidad del análisis apriorístico del acto frente a la lesión de los derechos humanos.

Así, el juez de distrito puede decretar la protección inmediata del derecho humano en cuestión, y se logra prevenir o reparar el orden constitucional. El único punto débil de la apariencia del buen derecho es la vaguedad de sus alcances, pues metodológicamente la ley de amparo no señala en que consiste el «análisis ponderado»³⁴. Aquí debemos ser cuidadosos para no sopesar derechos sino valorar las circunstancias del caso, y evitar la conflictividad entre normas que son de igual valor, pero que en un caso concreto las circunstancias en que se aplican difieren, pero nunca, en abstracto, se puede decir que unos valen más que otros.³⁵ Ahora bien, esta herramienta procesal siem-

³⁴ Aunque ya se contemplan mayores parámetros explicativos de esta situación en la jurisprudencia, y se afirma que: «se tiene que el juzgador debe ponderarlo, lo que solo puede derivar del análisis integral del acto reclamado, de sus características, importancia, gravedad, y trascendencia social, así como de la dificultad de su reparación, esto es, tomando en cuenta todos los intereses y las posiciones jurídicas que participen en el caso concreto, tratando de conciliarlos, a fin de comparar los daños que la suspensión pueda ocasionar al interés público, con los que deriven contra el quejoso y, en ese tenor, resolver con preferencia al menor menoscabo social; de ahí que el estudio que realice el juzgador no puede limitarse a los requisitos del artículo 128, sino que deberá atender de manera simultánea a los contenidos en el artículo 139, relativos a la ponderación, además de la apariencia del buen derecho y al peligro en la demora con perjuicios de difícil reparación para el quejoso». Suspensión definitiva. Para su otorgamiento el juzgador debe atender no solo a los requisitos del artículo 128 de la Ley de Amparo, sino además ponderar, simultáneamente, la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora que se traduce en que el acto reclamado cause perjuicio de difícil reparación (interpretación del artículo 139 de la ley de amparo)., PC.III.C. J/7 K (10a), Plenos de Circuito; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IV, Libro 26, enero de 2016, p. 2658.

³⁵ Porque conlleva el peligro de confundir las técnicas de interpretación y valoración de los derechos humanos. Al respecto, nos remitimos al maestro italiano Luigi FERRAJOLI: La ponderación se concibe como una operación en virtud de la cual, como escribe Robert ALEXI, «cuando dos principios entran en colisión [...] uno de ellos tiene que ceder ante el otro», sin que el primero sea considerado inválido o el segundo prevalente en virtud del principio de especialidad [...] Tengo la impresión de que en la base de esta concepción de

pre deberá acompañarse del contexto del principio pro persona y sus ramificaciones (pro operario, pro medio natura, pro reo, pro justicia social, pro infancia, etc.).

A nuestro modesto entender, la apariencia del buen derecho niega la deferencia a favor del poder público, y especialmente para que sus actos se presuman «constitucionales» y otorga a los gobernados la posibilidad de obtener la paralización del acto lesivo a los derechos humanos o la cesación de sus efectos. Pero en materia de omisiones, la apariencia del buen derecho no ha tenido tanta fortaleza debido a que en la resolución incidental, los juzgados de distrito suelen confundir las omisiones con los actos negativos; en consecuencia, al tratarse de un acto negativo, niegan la suspensión del acto reclamado y la protección constitucional se aplaza hasta la celebración de la audiencia constitucional.³⁶ Bajo este aplazamiento, el efecto inmediato del amparo se desvanece pues el proceso se vuelve una instancia judicial más y se pierde un primer momento de la cualidad protectora del juicio de amparo.

409

Para efectos de jurisprudencia de la SCJN como parte de su competencia excluyente (como tribunal constitucional) existe la posibilidad de que un amparo indirecto en revisión sea fallado por la Corte, cuando se ejerza la facultad de atracción, en amparos colectivos o cuando se trate de cuestiones de trascendencia constitucional.

la ponderación como elección del principio de más peso, es decir más justo o más importante, que debe ser aplicado en lugar de otros, existe un equívoco que se refiere al objeto de la ponderación misma. Esta opción, se afirma, se produce siempre ocasionalmente en relación con el caso concreto sometido a juicio. «Bajo otras circunstancias», afirma por ejemplo ALEXY, «la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se sostiene que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso» 85. En consecuencia, debemos preguntarnos si, quizás, lo ponderado por los jueces «en los casos concretos» no son los principios, sino, más bien, las circunstancias de hecho que en tales casos justifican su aplicación». FERRAJOLI, Luigi, «Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista», DOXA, núm. 34, 2012, Universidad de Alicante, pp. 15-53.

³⁶ Que puede tener lugar en un lapso de 1 a dos meses, dependiendo del tipo de violación, el número de autoridades, del proceso que origina el acto.

3.2. El amparo directo

Se trata del segundo tipo de amparo que opera exclusivamente contra resoluciones definitivas que pongan fin a un juicio, este tipo de resoluciones deberán combatir la sentencia de fondo; siempre y cuando se hayan agotado todos los recursos previos; y que las violaciones se hayan hecho valer en las impugnaciones (ordinarias) anteriores³⁷. El amparo directo funciona como un recurso de casación, su análisis parte del contenido sustancial sobre los derechos humanos, pero enfocado estrictamente sobre la sentencia recurrida³⁸. Es un juicio de constitucionalidad, en el que no hay interacción entre las partes, ni existen medios de prueba, pues el órgano (autoridad responsable) que emite la sentencia impugnada, recibe la demanda de amparo y remite las constancias al Tribunal colegiado competente; así, será este quien resolverá en definitiva la procedencia o no del amparo. En contra de esta sentencia dictada

³⁷ Todas las reglas y sustanciación para este tipo de amparo están señaladas en los artículos 170-189 de la Ley de Amparo.

³⁸ De acuerdo a la Ley de Amparo los supuestos son: «Artículo 172. En los juicios tramitados ante los tribunales administrativos, civiles, agrarios o del trabajo, se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, cuando: I. No se le cite al juicio o se le cite en forma distinta de la prevenida por la ley; II. Haya sido falsamente representado en el juicio de que se trate; III. Se desechen las pruebas legalmente ofrecidas o se desahoguen en forma contraria a la ley; IV. Se declare ilegalmente confeso al quejoso, a su representante o apoderado; V. Se deseche o resuelva ilegalmente un incidente de nulidad; VI. No se le concedan los plazos o prórrogas a que tenga derecho con arreglo a la ley; VII. Sin su culpa se reciban, sin su conocimiento, las pruebas ofrecidas por las otras partes; VIII. Previa solicitud, no se le muestren documentos o piezas de autos para poder alegar sobre ellos; IX. Se le desechen recursos, respecto de providencias que afecten partes sustanciales del procedimiento que produzcan estado de indefensión; X. Se continúe el procedimiento después de haberse promovido una competencia, o la autoridad impedida o recusada, continúe conociendo del juicio, salvo los casos en que la ley expresamente la faculte para ello; XI. Se desarrolle cualquier audiencia sin la presencia del juez o se practiquen diligencias judiciales de forma distinta a la prevenida por la ley; y XII. Se trate de casos análogos a los previstos en las fracciones anteriores a juicio de los órganos jurisdiccionales de amparo».

en amparo directo procede el recurso de revisión siempre y cuando se den los supuestos siguientes:

II. En amparo directo, en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de acuerdos generales del pleno.³⁹

Así, son dos supuestos para que proceda en recurso: el análisis de la constitucionalidad de formas generales frente a un precepto constitucional y la fijación de un criterio importante. En la fracción citada, sin embargo, se deja entrever cierta discrecionalidad para que la Corte, pues de acuerdo con sus propias disposiciones, se arroga la facultad de decidir en qué supuestos puede conocer de un juicio de amparo en revisión.

411

4. Las nuevas figuras sustantivas: claroscuros

Hasta aquí hemos analizado algunas de las cualidades genéricas de las acciones de amparo. Sin perjuicio de otras opiniones, consideramos que las nuevas figuras de la ley de amparo de 2013, se clasifican en las siguientes:

- a. Medios electrónicos para trámite y consulta de expedientes de amparo.⁴⁰

³⁹ Artículo 81 fracción II de la Ley de Amparo.

⁴⁰ Todo esto a través de los procesos digitales de los Servicios en Línea del Poder Judicial de la Federación, disponibles en: <<http://www.serviciosenlinea.pjf.gob.mx/juicioenlinea/juicioenlinea>>; con los servicios siguientes: presentación de demandas, presentación de promociones, consultar notificaciones electrónicas, consultar documentos de los acuerdos judiciales e impresión de acusas.

- b. El amparo colectivo que protege el interés legítimo (que viene acompañado de la procedencia del amparo de grupos marginados o vulnerables).⁴¹
- c. El amparo adhesivo: mecanismo paralelo en amparo directo para que la contraparte (en el juicio de origen) fortalezca los argumentos de la sentencia definitiva.⁴²
- d. La declaratoria general de constitucionalidad: una de las figuras más novedosas; permite expulsar del sistema jurídico la norma inconstitucional, siempre y cuando se trate de un amparo en revisión. La Ley de Amparo menciona que:

Artículo 231. Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma.⁴³

⁴¹ De acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Amparo, aquí caben muchas acciones de amparo que pueden ser promovidas «conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si estos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades». Incluso, en el artículo 79 de la ley de amparo, se agregan una nueva modalidad de la suplencia de la queja para proteger «VII. En cualquier materia, en favor de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para su defensa en el juicio».

⁴² El artículo 182 de la Ley establece: «La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado podrán presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado, el cual se tramitará en el mismo expediente y se resolverán en una sola sentencia».

⁴³ Y luego fija el plazo: «Una vez que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos».

En este caso se advierte que la declaratoria tiene algunas limitantes, pues solo opera cuando se detecte en segunda ocasión la norma general y exclusivamente en amparo indirecto cuando se haya alcanzado la mayoría de 8 votos.⁴⁴

- e. La instauración de los plenos de circuito: para descargar el cúmulo de trabajo que tiene la SCJN: órganos jurisdiccionales que tienen por objeto confrontar dos posturas interpretativas (sobre los derechos humanos, y sobre los preceptos de la Ley de Amparo, así como de las normas constitucionales) que se contraponen, para homologar criterios de un circuito, de crear jurisprudencia⁴⁵ o iniciar el procedimiento de declaratoria general de constitucionalidad.
- f. El establecimiento de responsabilidad penal en amparo. Son dos supuestos: 1. Se reconocen conductas penales «si con el propósito de obtener una ventaja procesal indebida, en la demanda afirme hechos falsos u omita los que le consten en relación con el acto reclamado»⁴⁶; y 2. Se imponen conductas penales «Al quejoso o tercero interesado, a su abogado o a ambos, si en el juicio de amparo presenten testigos o documentos falsos»⁴⁷.

⁴⁴ Una exposición con mayor detalle en cuanto a la efectividad de la declaratoria general de inconstitucionalidad y la formula otero la ofrecen Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo*, Porrúa, 2013, especialmente en pp. 44-48.

⁴⁵ Que solo es inferior a la de la SCJN, pues de acuerdo al artículo 217 de la Ley de Amparo: «La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente».

⁴⁶ Artículo 261 de la Ley de Amparo.

⁴⁷ *Idem.*

- g. El amparo contra actos de particulares (normalmente prestadores de servicios públicos de educación, transporte, salud, vivienda, etc.) que actúen con fundamento en normas generales.

Aunque en este aspecto, la protección objetiva deja mucho que desear. En el amparo 672/2015 (Carmen Aristegui vs. MVS Radio) se realizó una interpretación restrictiva de los derechos humanos, de la vinculación de la jurisprudencia interamericana y de la apariencia del buen derecho para concluir en la improcedencia de la medida cautelar de suspensión provisional⁴⁸.

Bajo esta última referencia es claro que la Ley de amparo puede adquirir diversas interpretaciones; pero en general, otras cualidades del nuevo juicio de amparo pueden hallarse en la evidencia jurisprudencial ya que cuenta con otras medidas de fondo que pueden darle un ropaje más garantista. No olvidemos que el amparo se inscribe dentro de un sistema de medios de control constitucional, y que forma parte de los mecanismos tanto judiciales para obtener una apreciación de constitucionalidad.

414

En este sentido, el interés jurídico ha permitido judicializar casos sobre derechos colectivos. Por ejemplo, el uso de los recursos públicos en la educación, la salud, la vivienda, el agua potable, y que en general convergen con las políticas públicas.

⁴⁸ En la resolución que revoco la suspensión concedida por el juez SILVA GARCÍA, el Tribunal Colegiado dijo que: «En ese contexto, resulta claro que si la razón en que se sustentaba la concesión de la suspensión partía de la factibilidad de restituir a la agraviada en el goce del derecho cuya afectación alega, al quedar desvirtuada esa premisa se sigue que la medida cautelar pierda eficacia y, por ende, no deba continuar surtiendo sus efectos, por lo cual, lo que se impone es negar la suspensión provisional, pues a nada práctico conduciría sustentar la medida para el efecto de que las cosas se mantengan en el estado que se encuentran, dado que esa posición es precisamente la que enfrenta la demandante ante a los actos reclamados». QA.- 129/2015-VI., *Octavo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito*, Resolución de fecha veintidós de abril de dos mil quince, p. 73.

La siguiente tabla ilustra la amplia visibilidad de los derechos humanos en amparo:

ÓRGANO JURISDICCIONAL*	DERECHO SOCIAL	EXPEDIENTE
2ª Sala SCJN	Prohibición de siembra de soya genéticamente modificada (comunidades mayas vs. Monsanto).	Amparos en revisión: 198/2015, 241//2015, 270/2015, 410/2015, 498/2015, 499/2015 y 500/2015. Resolución de 4 de noviembre de 2015.
1ª Sala SCJN	Derechos de los menores para prevenir discriminación en la escuela.	Amparo Directo 35/2014.
1ª Sala SCJN	Política pública y recursos de la educación pública.	Amparo 323/2014. Engrose de 11 de marzo de 2015.
1ª Sala SCJN	Derecho a la salud impone deberes a particulares.	Amparo en revisión 117/2012. Sentencia 28 de noviembre de 2012.
1ª Sala SCJN	Eficacia horizontal de la Constitución. SCJN.	Amparo directo en revisión 1621/2010. Sentencia de 15 de junio de 2011.
1ª Sala SCJN	Derecho a la vivienda y PIDESC.	Amparo directo en revisión 3516/2013.
1ª Sala SCJN	Derecho al agua y propiedad de pueblos indígenas (caso pueblo Yaqui de Sonora) Derecho de consulta previa.	Amparo en Revisión 631/2012 Sentencia aclaratoria 7 de agosto de 2013.
1ª Sala. SCJN	Eficacia horizontal de los tratados	Amparo directo en revisión 931/2012. Resolución octubre de 2013.
1ª Sala SCJN	Derecho a la vivienda y PIDESC.	Sentencia de amparo directo en revisión 3516/2013, 22 de enero de 2014.
2º Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito	Derecho al agua potable y vivienda digna.	Amparo en revisión 381/2011, sentencia de 8 de marzo de 2012.

ÓRGANO JURISDICCIONAL	DERECHO SOCIAL	EXPEDIENTE
4° Tribunal Colegiado En Materia Administrativa del Primer Circuito.	Derecho a la salud. Forma de cumplir con Observación General N° 14.	Amparo en revisión 19/2013. Sentencia 30 de mayo de 2013.
Juzgado Octavo de Distrito en materia administrativa del Primer Circuito.	Prevención de discriminación y acoso escolar	Amparo 1302/2013, sentencia de fecha 5 de marzo de 2014
Juzgado 6° de Distrito, Centro auxiliar de la 2ª región, Puebla.	Salud, nutrición y venta de bebidas en las escuelas.	Amparo indirecto 1/2015.
Juzgado 7° de Distrito en del Estado de Guerrero	Derecho a la salud pueblos indígenas (caso Mini Numa).	Amparo indirecto 1157/2007 sin cumplir ejecutoria en su totalidad (a mayo de 2015).
Juzgado 12° en materia civil de Distrito del Primer Circuito	Derecho al medio ambiente, Salud, Nutrición. Derechos colectivos vs. transgénicos (Pioneer).	Juicio Civil Federal 321/2013. En proceso.

* Todos los casos y referencias de esta tabla se hallan en DE PAZ GONZÁLEZ, Isaac, «Constitucionalismo y justiciabilidad de los derechos sociales: Estudio comparado internacional y *leading* cases a través del juicio de amparo en México», en proceso editorial con la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 127, México, 2016.

Todos estos juicios demuestran que el amparo se ha diversificado y que ha reencarnado en una figura de lucha objetiva para defender el contenido de los derechos humanos que están en constante tensión. El amparo ha permitido reivindicar los derechos de grupos y sectores excluidos frente a los intereses privados y comerciales. Esto es un avance para superar la visión mercantilista de los derechos (que, a través de los servicios privados, se intercambian al mejor postor sin ninguna responsabilidad)

No obstante, en la práctica esto se ha perdido de vista pues se quiere que el amparo proteja intereses individuales pero no se busca una verdadera reparación del orden constitucional: no hay objetividad constitucional sino una mera apreciación relativa del acto o la norma que se trae a juicio; pues al hacer un pronunciamiento particular, no se promueve la verdadera cultura constitucional de cumplimiento irrestricto de las normas de derechos humanos. En esta situación a veces el amparo se vuelve un juicio que aplaza la protección real y efectiva. Así lo plantea el ministro Cossío Díaz en el amparo del Pueblo Yaqui vs. el gobierno de Sonora:

La posición mayoritaria hace nugatoria la concesión de amparo en la medida de que en la propia sentencia se reconoció que la sola posibilidad de afectación de la disponibilidad del recurso natural con el que cuenta la comunidad es lo que le podía deparar perjuicio por la operación del acueducto [...] En este sentido, cabe hacerse las siguientes preguntas: ¿qué fue lo que la comunidad ganó con el amparo y su aclaración, si no es la suspensión de la operación del acueducto que es justamente lo que les puede deparar el perjuicio material?⁴⁹

417

⁴⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Voto Particular formulado por el ministro José Ramón Cossío Díaz en la Aclaración de Sentencia. Amparo en Revisión 631/2012, fojas 2-3. El asunto suscito este debate porque la sentencia de fondo mencionó que: «En este punto, es pertinente establecer que la susceptibilidad de afectación a los derechos [...] más que derivar de la autorización de la construcción y de las demás obras que integrarán el «Acueducto Independencia», podría generarse en la operación del mismo, pues el derecho que pudiera afectarse es la disposición del recurso natural vital con el que cuenta la Tribu. Asimismo, no bastaba que la autoridad responsable pusiera el proyecto a disposición del público en general a través de diversos medios de difusión o la realización de una consulta pública, dada la calidad de la comunidad a la que pertenecen los quejosos, pues tal como lo señaló el juez de Distrito al conceder el amparo, debe hacerse *adecuadamente* y a través de sus representantes tradicionales a fin de respetar sus costumbres y tradiciones, de ahí que la concesión del amparo es correcta con independencia que los quejosos únicamente acreditaran su calidad de miembros de la comunidad indígena, por las razones expuestas en considerandos anteriores». Engrose de la sentencia de amparo en revisión 631/2012, Primera Sala de la SCJN, foja 86.

A pesar de que la sentencia mencionada es de 8 de mayo de 2013, con plena vigencia de la Ley de Amparo y del *iter* de reformas a la Constitución de 2011, la protección constitucional suele ser entendida como procedimental, más que sustantiva. Esta modalidad (limitada) de otorgar los amparos en sencillamente inútil por dos razones: en primer lugar porque la protección efectiva de los derechos humanos fundamentales tiene que provenir de un análisis profundo de la Constitucionalidad de los actos y las normas para proteger en forma más eficiente a los gobernados.

Por otra parte, al favorecer resoluciones inocuas de amparo, el mensaje recibido por todas las autoridades es que, a pesar de que la sentencia los condene, el efecto protector es mínimo, y en consecuencia las autoridades pueden seguir ejecutando actos nocivos al orden constitucional; pues apuestan a que el litigio de amparo se prolongue por mucho tiempo, el quejoso se desista o se modifique la situación jurídica para que el acto reclamado deje de existir.

418

5. Prospectiva del amparo: el impacto de la Contradicción de Tesis 293/2011

Ya es un lugar común establecer que sistema interamericano ha favorecido los avances sobre la justiciabilidad directa del marco internacional de los derechos humanos; que tanto las observaciones de la Comisión y la jurisprudencia de la Corte Interamericana se han convertido en el punto de inflexión para la cultura jurídica de la región. El problema es que, a pesar de la difusión, de las reformas legales y constitucionales, y de la existencia de criterios vinculantes que interpretan la Convención Americana de derechos humanos, la realidad y los indicadores cotidianos dicen otra cosas: que los derechos humanos van perdiendo terreno frente a la opresión, la desigualdad y a los contextos de violación⁵⁰.

⁵⁰ El informe de la Comisión Interamericana es preciso: «La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión) valora las medidas que el Estado ha

Sin embargo, la mayor preocupación es el peligro de que la reforma de 2011 y la de amparo en 2013 queden como buenas intenciones con el paso atrás que dio la SCJN al resolver que:

De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material [...].⁵¹

Contrario a la postura mayoritaria de los ministros, consideramos que –en la resolución citada– el artículo 1 no se analizó ni en forma sistemática, mucho menos originalista; aunque sí (parcialmente) literal. Recordemos que la Constitución es un programa normativo, con un ámbito de aplicación en una realidad concreta. La SCJN, al reconocer

419

tomado para hacer frente la situación presentada en el informe. En particular reconoce las importantes reformas en materia constitucional y legislativa que se han introducido en México a partir de 2011, incluyendo la reforma constitucional y los protocolos recientemente aprobados para la investigación de casos de tortura y desaparición forzada así como otras iniciativas señaladas en el informe. Sin perjuicio de estos avances, la respuesta estatal enfrenta deficiencias, insuficiencias y obstáculos en su implementación. La CIDH constató una profunda brecha entre el andamiaje legislativo y judicial, y la realidad cotidiana que viven millones de personas en el país, en su acceso a la justicia, prevención del delito, y otras iniciativas gubernamentales. Una y otra vez, en todo el país, la CIDH escuchó de las víctimas que la procuración de justicia es una “simulación”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 44/15, Washington, 31 de diciembre de 2015.

⁵¹ Engrose de la Contradicción de tesis 293/2011, Pleno de la SCJN, 3 de setiembre de 2013, resolutivo sexto, p. 64, disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>>.

la superioridad jerárquica de las normas constitucionales y la inferioridad de los derechos humanos, en realidad está limitando su ejercicio. Si bien es cierto existen restricciones, estas deberán leerse de acuerdo a la situación particular que se presente. El problema para el juicio de amparo es que, a partir de esta visión, el principio *pro persona* que es una pauta interpretativa dentro del propio artículo 1, quedó reducido a una excepción; pues, siempre y cuando no existan restricciones, podrán aplicarse los derechos humanos en forma extensiva y a favor del gobernado⁵². Es decir, la interpretación asumió una cualidad reduccionista y antinómica, pues se le dio preferencia a una parte del texto constitucional mientras que otra parte quedó relegada. La consecuencia en amparo se hace notar en diversas interpretaciones recientes⁵³.

420

Las soluciones que podemos plantear desde la perspectiva doctrinal son básicamente de dos tipos: una tiene que ver con el sentido moderno de las normas constitucionales como límites al poder y como espacios indemnes, que forman parte de un bloque axiológico de valores políticos de sociedad civilizada; la otra con las nuevas dimensiones del amparo como garantía efectiva de esos derechos. Dicha garantía es el único medio que tiene el gobernado para que un tribunal lo ampare

⁵² En la doctrina también se ha analizado esta situación al señalar que: «Ha sido complejo establecer si las *restricciones constitucionales expresas* a los derechos humanos son excepciones a la regla general del principio *pro homine*; o bien si el principio *pro homine* es la excepción a la regla de las restricciones expresas contenidas en la norma suprema, máxime que ambas normas están plasmadas en un mismo momento constituyente». SILVA GARCÍA, Fernando y GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián. «Principio *pro homine* vs. restricciones constitucionales: ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?», disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/27.pdf>>.

⁵³ Por ejemplo, la tesis: Restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades. adicionalmente a que se traten de una manifestación expresa del constituyente mexicano que impide su ulterior ponderación con otros instrumentos internacionales, también se encuentran justificadas en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° CXXVIII/2015, SCJN, 2a. Sala; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 24, Noviembre de 2015, tomo II , p. 1299.

y lo defiende en contra del arbitrario⁵⁴. Sin embargo, para que mejoren los procesos de amparo en cuanto al fondo de los asuntos es necesario entender que la Constitución no es un cuerpo estático sino un bloque de valores jurídicos en el que el gobernado se ve reflejado; que su interpretación es la base de los cambios en la cultura jurídica y que la restricción a los derechos humanos es, evidentemente, un retroceso de los fines previstos en las reformas de 2011. Así, las normas constitucionales se tienen que aplicar e interpretar a la par que las normas internacionales de derechos humanos, pues el vector de todo el *iter* de reformas está orientado a proteger por todos los medios, y ante cualquier amenaza, los derechos humanos.

6. Conclusión

El amparo mexicano tiene muchas posibilidades de hacer efectivo su genotipo garantista que lo ha distinguido como *amparo frente al arbitrario*. Se debilita por dos razones: existe un número alto de expedientes de amparo que rebasa la capacidad de dar respuestas oportunas (en todos los órganos competentes). Esto se debe –principalmente– a la excesiva falta de legalidad y regularidad constitucional en todos los ámbitos judiciales del fuero común y federal, así como en la administración pública; y 2. Porque la interpretación sistemática de la Constitución es una facultad discrecional, pues los jueces de amparo deciden el sentido de la fuerza vinculante de la Constitución y los tratados. Consideramos que la reforma de 2011, debe permear con mayor fuerza objetiva para resolver los juicios de amparo con la directriz ineludible de los derechos humanos. Aprovechar la exigencia vinculante de la jurisprudencia interamericana es un paso imprescindible, que debe co-

⁵⁴ Sin perjuicio de los otros medios de control constitucional, el amparo es el único medio en el que el ciudadano puede –directamente– plantear una petición de estudio constitucional a la SCJN; por desgracia, no existe consulta popular, acción de inconstitucionalidad (está reservada a órganos políticos) ni referéndum o plebiscito que le permita al participar en la toma de decisiones del poder.

menzar desde abajo: en los medios ordinarios de control constitucional del fueron común. La intención es aprovechar la justicia constitucional local y fortalecer el sistema judicial de cada entidad federativa bajo los estándares interamericanos. El otro aspecto que ayudaría a desarrollar una cultura constitucional es fortalecer la progresividad y el universalismo de los derechos humanos de forma íntegra en ambos procesos de amparo, y esto implica superar el discurso (retorico) de las reformas de 2011 y 2013 para recuperar la validez jurídica de los derechos humanos sin las objeciones de la supuesta supremacía constitucional; pues el objetivo de la justicia constitucional no son las teorías o las limitaciones terminológicas o técnicas de la ley, ni la supremacía de su fuente, sino los derechos que dan significado a la vida cotidiana de las personas.

La acción de amparo constitucional en Bolivia. Apuntes sobre su configuración constitucional, naturaleza jurídica y alcances de su desarrollo jurisprudencial

✍ ALAN E. VARGAS LIMA*

Sumario: 1. Nota preliminar acerca de la naturaleza jurídica de la acción de amparo constitucional. 2. La naturaleza jurídica de la acción de amparo en la jurisprudencia constitucional. 3. Los principios fundamentales que rigen las acciones de amparo constitucional. 4. La denegatoria del amparo constitucional por actos consentidos libre y expresamente. 5. Aplicación conjunta de la teoría de los actos consentidos y del principio de inmediatez de la acción de amparo. 6. El principio de inmediatez y la utilización previa de medios o recursos inidóneos. 7. La inmediatez en las acciones de amparo constitucional y su desarrollo jurisprudencial. 8. El plazo para la interposición de la acción de amparo constitucional e inicio del cómputo. 9. Sobre el cómputo de los seis meses para interponer la acción de amparo constitucional, suspensión y reanudación del plazo. 10. El amparo frente a medidas de hecho: alcances y requisitos para su consideración a través de la acción de amparo constitucional y su excepción al principio de subsidiaridad. 11. La protección directa e inmediata otorgada en forma excepcional

423

* Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Docente de la Universidad Privada Franz Tamayo (UNIFRANZ), del Centro de Capacitación Municipal (CCaM) y de la Universidad Salesiana de Bolivia (USB). Autor de distintos Libros sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (<http://www.abec.org.bo>); del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Abogado de la Dirección de Asesoría Legal del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz. Responsable del blog jurídico: *Tren Fugitivo Boliviano*.

por la acción de amparo constitucional, ante medidas de hecho. 12. La presentación de prueba, para la consideración de medidas de hecho. 13. La doctrina constitucional sobre tutela del amparo frente a medidas de hecho. 13.1. El Estado constitucional de derecho asumido en la Constitución supone la proscripción de las medidas de hecho o vías de hecho. 13.1.1. El derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia es el derecho fundamental común violado en acciones vinculadas a medidas de hecho, debido a su arbitraria exclusión. 13.1.2. El rol de la justicia constitucional en el Estado constitucional de derecho, a través de la acción de amparo constitucional cuando se denuncian acciones vinculadas a medidas o vías de hecho. 14. El control tutelar de constitucionalidad y el resguardo a derechos fundamentales. 15. Las fases procesales de la acción de amparo constitucional. 15.1. Requisitos de forma. Determinación de su carácter subsanable y delimitación de los efectos procesales frente a su incumplimiento. 15.2. Causales de improcedencia reglada. Delimitación de los efectos procesales frente a su incumplimiento. 16. La duda razonable para la aplicación del *principio pro actione* en la etapa de admisibilidad. 17. Los deberes procesales de los jueces y tribunales de garantías de verificación de requisitos de forma y causales de improcedencia reglada en etapa de admisibilidad. 18. La técnica de la *reconducción procesal* por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional. Desarrollo jurisprudencial. 18.1. Los principios de eficacia de los derechos fundamentales, prevalencia del derecho sustantivo sobre el adjetivo, favorabilidad, justicia material, *pro actione* y *iura novit curia*. 19. Conclusión.

Primera parte: configuración constitucional de la acción de amparo

1. Nota preliminar acerca de la naturaleza jurídica de la acción de amparo constitucional

Debemos comenzar señalando que la acción de amparo constitucional es un proceso constitucional de naturaleza tutelar, de tramitación especial y sumarísima, que tiene por objeto la restitución o restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales y garantías constitucionales¹ (con excepción del derecho a la libertad

¹ «La acción de amparo constitucional tiene por objeto el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, a través de un procedimiento judicial sencillo, rápido y expedito, frente a situaciones de lesión provenientes

física, que es tutelado por la acción de libertad; del derecho a la autodeterminación informativa, que es protegido por la acción de protección de privacidad; y de los derechos colectivos, que son tutelados por la acción popular), en los casos en que sean amenazados, suprimidos o restringidos por actos u omisiones ilegales o indebidos de autoridades públicas o particulares².

tes de la acción u omisión de servidores públicos o particulares que actúen contra lo establecido por la ley, por lo que para que se otorgue la tutela del amparo, debe producirse una necesaria relación de causalidad entre el acto que se estima lesivo y el derecho o derechos invocados como presuntamente vulnerados, esto es, que la vulneración que se alegue debe provenir de una conducta ilegal del agente, de modo tal que no habrá lesión de derechos, cuando el demandado adopte una determinación conforme o en estricta observancia de la ley, aún así resulte perjudicial a los intereses de su titular» (SC 0152/2011-R de 21 de febrero).

² Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*. Tercera Edición Actualizada con la Constitución y la Ley 27. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial KIPUS, 2011. p. 377. Cabe recordar que el Amparo Constitucional fue instituido por vez primera en Bolivia, a través de la reforma constitucional de 1967, en resguardo de los derechos y garantías de las personas, reconocidas por la Constitución y las leyes, como un recurso contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman, o amenacen restringir o suprimir tales derechos. Uno de los proyectistas de dicha reforma constitucional, fue el profesor Ciro Félix Trigo, quien —a tiempo de formular la *Exposición de Motivos* de su Anteproyecto de Constitución para la República de Bolivia— sustentaba la necesidad de la incorporación de la «acción de amparo» en el texto constitucional, para completar y perfeccionar la garantía del hábeas corpus, trascendentes al servicio de la libertad y seguridad de las personas. En este sentido, el destacado constitucionalista boliviano, señalaba lo siguiente: «En rigor, la acción de amparo no cabe en la legislación civil ni en el procedimiento penal. Ha surgido en algunos países por la vía jurisprudencial. Pero la técnica jurídica nos enseña que debe estar en la Constitución. [...] Algunos países han dado al hábeas corpus una amplitud manifiesta, convirtiéndolo en la garantía de todas las libertades humanas. [...] En cambio, en otros países, atento que el hábeas corpus se circunscribe a devolver la libertad física cuando ha sido comprometida, restringida o suprimida por un arresto sin causa jurídica válida, o por funcionario incompetente, ha surgido la acción de amparo. Esta se introduce para la protección de todas las otras libertades humanas, que no sean la corporal, como las que hemos enunciado precedentemente». Ciro Félix TRIGO. «Anteproyecto de Constitución para la República de Bolivia». En: *Revista de Derecho*. Órgano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (UMSA). Año XXVI. N° 48-49. La Paz - Bolivia, enero a diciembre de 1965. p. 147. En el mismo año de aquella reforma constitucional, el profesor Enrique

En este sentido, la acción de amparo constitucional se constituye en una acción tutelar (protectora) de los derechos y garantías constitucionales de las personas, que tiene una configuración procesal especial, autónoma e independiente con relación al ámbito procesal ordinario, no solo porque corresponde a una acción de defensa prevista por la Constitución Política del Estado (CPE), sino porque el procedimiento específico para su correcta tramitación, se encuentra ampliamente detallado en el Código Procesal Constitucional (CPCConst.).

Cabe hacer notar, que de la naturaleza protectora de esta acción de defensa, emerge su alcance tutelar que puede manifestarse en forma preventiva y correctiva:

a) Tutela preventiva, porque se activa frente a la amenaza de una inminente restricción o supresión de los derechos fundamentales o

Oblitas Poblete dictó una conferencia acerca de este nuevo recurso constitucional, ocasión en la cual precisó que: «el recurso de amparo, juicio de amparo o derecho de amparo es una institución noble que se interpone ya sea contra el Estado o contra los particulares, cuando estos avanzan y limitan los derechos del hombre, o intentan limitar lesionando las garantías constitucionales, para conseguir una reparación a los agravios inferidos o para señalar el camino correcto de la ley». Cfr. Enrique OBLITAS POBLETE. *Recurso de Amparo*. La Paz, Bolivia: Librería - Editorial Popular, 1967. p. 9. Años más tarde, y luego de realizar una revisión mucho más amplia de la legislación comparada y la jurisprudencia producida durante su vigencia, el mismo autor concluía señalando que el recurso de amparo, juicio de amparo o derecho de amparo: «es la máxima garantía constitucional encargada de proteger y restablecer los derechos fundamentales del hombre, lesionados por algún acto ilegal u omisión indebida que restrinja, suprima o amenace restringir o suprimir dichos derechos, con excepción del (derecho) de locomoción. Este recurso puede ser intentado o interpuesto contra el Estado o sus representantes y/o contra particulares que avanzan y limitan uno o varios derechos que la Constitución otorga». Cfr. Enrique OBLITAS POBLETE. *Recurso de Amparo Constitucional*. Segunda Edición. La Paz, Bolivia: Ediciones Populares Camarlinghi, 1979. p. 60. Por su parte, el profesor Ernesto Daza Ondarza consideraba al Recurso de Amparo, como: «una acción sumarísima que garantiza a todo ciudadano el derecho de pedirlo, cuando se viola cualquiera de los derechos consagrados por la Constitución, con excepción del (derecho) de libertad personal que se halla protegido especialmente por el Hábeas Corpus». Cfr. Ernesto DAZA ONDARZA. *Doce Temas de Derecho Constitucional*. Cochabamba, Bolivia: Editorial Universitaria, 1974. p. 132.

garantías constitucionales, situación en que la persona afectada puede solicitar al juez o tribunal de garantías constitucionales, la adopción de las medidas necesarias para preservar o precautelar el derecho o garantía constitucional en peligro, de tal manera que la autoridad judicial competente disponga la adopción de las medidas cautelares correspondientes para prevenir la consumación del acto o resolución ilegal vulneratorio;

b) Tutela correctiva, porque se activa frente a la consumación de una restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales, a consecuencia de actos, resoluciones u omisiones ilegales o indebidas, en cuyo caso, el juez o tribunal de garantías constitucionales, otorgará la tutela respectiva disponiendo la anulación del acto o resolución, o la cesación de la omisión, a fin de que se restablezca, de forma inmediata, el derecho restringido o suprimido.

En definitiva, el amparo constitucional tiene por finalidad asegurar a las personas el goce efectivo de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, protegiéndolos frente a toda amenaza, restricción o supresión ilegal o arbitraria, proveniente de actos, decisiones u omisiones de las autoridades públicas o de personas particulares³.

³ El Tribunal Constitucional Plurinacional, a tiempo de realizar algunas precisiones acerca de la naturaleza jurídica y finalidad del amparo constitucional, ha señalado que la Acción de Amparo Constitucional prevista en el art. 128 de la CPE, está instituida como una acción tutelar, medio de defensa y de tramite especial y sumarisimo, que tiene como objeto restablecer y restituir el goce efectivo de derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas con carácter preventivo y correctivo, protegiéndolos de amenazas, restricciones o supresiones ilegales, arbitrarias, decisión, acción u omisión provenientes no solo de servidoras y servidores públicos sino también de personas particulares o colectivas que contravengan el orden constitucional. Respecto a la finalidad de la acción de amparo constitucional la SC 1390/2011-R de 30 de setiembre sostuvo: «La acción de amparo constitucional y sus principios fundamentales, se han considerado como una institución cuya función principal es el resguardo o protección de derechos fundamentales y garantías constitucionales a través del control (tutelar) de constitucionalidad, en cuanto a que la Constitución es concebida como una norma básica o fundamental por medio de un órgano judicial con eficacia únicamente respecto al individuo que solicita la protección contra la

Esta protección se efectúa respecto a todos los derechos fundamentales, salvo el derecho a la libertad física (que es tutelado por la acción de libertad), el derecho a la autodeterminación informativa (que es tutelado por la acción de protección de privacidad), y los derechos colectivos (que son tutelados por la acción popular).

2. La naturaleza jurídica de la acción de amparo en la jurisprudencia constitucional

En la actualidad, la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 002/2012 de 13 de marzo, ha analizado y desarrollado la configuración constitucional del amparo, señalando que dentro de las acciones de defensa previstas por la Constitución, se ha instituido la acción de amparo constitucional (artículo 128), como un mecanismo de defensa que tendrá lugar contra los actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley⁴.

428

aplicación de la ley o actos contrarios a la Constitución. Esta herramienta jurídica que responde a las más urgentes necesidades legales del ciudadano, denominada acción de amparo constitucional, es un recurso extraordinario y no subsidiario establecido para proteger y en su caso restablecer los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado. En mérito a lo señalado, se establece que en un Estado constitucional de derecho, esta justicia tiene tres finalidades básicas, a saber: a) Hace respetar y prevalecer la Constitución y todas las normas y preceptos considerados supremos en relación a todo el sistema normativo infraconstitucional restante, que debe someterse a estas; b) Evita el «abuso de poder», para que el Estado, a través de sus órganos y en el marco de la división y coordinación de los mismos, cumpla con sus fines esenciales; y, c) Es la garante y celadora del respeto pleno y eficaz de los derechos fundamentales atribuidos a todas las personas». (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0008/2013-L, de 15 de febrero de 2013).

⁴ Cabe hacer notar que esta noción general sobre el objeto de protección del amparo constitucional, ya estaba prevista en similares términos en el artículo 19 de la Constitución abrogada (2004), que consagraba el entonces denominado recurso de amparo constitucional», sobre el cual, el Tribunal Constitucional había delineado sus alcances en los siguientes términos: «El recurso de amparo constitucional es un recurso extraordinario, expeditivo, sumarísimo, urgente, inmediato y subsidiario, que precautela el respeto de los derechos

Del contenido del texto constitucional de referencia –dice la Sentencia– puede inferirse que la acción de amparo constitucional es un mecanismo de defensa jurisdiccional, eficaz, rápido e inmediato de protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, cuyo ámbito de protección se circunscribe respecto de aquellos derechos fundamentales y garantías que no se encuentran resguardados por los otros mecanismos de protección especializada que el mismo orden constitucional brinda a los bolivianos, como la acción de libertad, de protección de privacidad, popular, de cumplimiento, etc. Asimismo, desde el ámbito de los actos contra los que procede, esta acción se dirige contra aquellos actos y omisiones ilegales o indebidos provenientes no solo de los servidores públicos sino también de las personas individuales o colectivas que restrinjan o amenacen restringir los derechos y garantías objeto de su protección.

En este contexto, cabe agregar que el amparo constitucional boliviano, en su dimensión procesal, se encuentra concebido como una

429

fundamentales y garantías constitucionales del ser humano, ya sean invocados en forma individual o colectiva, con excepción de la libertad física o individual, en los casos en los que sean amenazados, suprimidos o restringidos por actos u omisiones ilegales o indebidos. Se puede formular este recurso constitucional, en los casos que se estime que se ha producido un acto ilegal o una omisión indebida de funcionarios o particulares, que restrinjan, supriman o amenacen suprimir o restringir los derechos y garantías de la persona reconocidos por la Constitución Política del Estado y las leyes. De lo anterior se colige que el acto ilegal conlleva la realización de una actividad, ejecución de una orden, o la observancia de una conducta contraria a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, que lesione los derechos y garantías del ser humano. La omisión indebida se produce por la inacción de una autoridad o particular, el «no hacer lo debido», que acarrea un perjuicio a otra persona. La restricción de un derecho o garantía fundamental supone evitar que la persona que es titular del mismo, pueda ejercerlo a plenitud, sin más límites que los impuestos por el orden constitucional y legal. La supresión de un derecho o garantía fundamental consiste en despojar totalmente a una persona de la facultad de ejercitar tal derecho o exigir la observancia de la garantía que se trate. Y, la amenaza de la restricción o supresión de derechos o garantías fundamentales consiste en el peligro o riesgo inminente, actual, y cierto de que se producirá un acto ilegal que traerá consigo una lesión a tales derechos. La amenaza debe reunir los caracteres referidos -inminencia, actualidad, certeza- para que pueda ser atendida por medio de este recurso». (Cfr. Sentencia Constitucional 0669/2007-R, de 2 de agosto).

acción que otorga a la persona la facultad de activar la justicia constitucional en defensa de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales –frente a los actos u omisiones ilegales provenientes de los servidores públicos o particulares–.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 002/2012, referida anteriormente, precisa con claridad que:

[E]l término de acción no debe ser entendido como un simple cambio de nomenclatura, que no incide en su naturaleza jurídica, pues se trata de una verdadera acción de defensa inmediata, oportuna y eficaz para la reparación y restablecimiento de los derechos y garantías fundamentales, y dada su configuración, el amparo constitucional se constituye en un *proceso constitucional*, de carácter autónomo e independiente con partes procesales diferentes a las del proceso ordinario o por lo menos con una postura procesal distinta, con un objeto específico y diferente, cual es la protección y restitución de derechos fundamentales y con una causa distinta a la proveniente del proceso ordinario, esto es, la vulneración concreta o inminente de derechos fundamentales a raíz de actos y omisiones ilegales o indebidos y con un régimen jurídico procesal propio.

En este orden de ideas, la acción de amparo constitucional adquiere las características de *sumariedad e inmediatez* en la protección, por ser un procedimiento rápido, sencillo y sin ritualismos dilatorios. A estas características se añade la de generalidad, a través de la cual la acción puede ser presentada sin excepción contra todo servidor público o persona individual o colectiva.

Finalmente cabe señalar que dentro de los principios procesales configuradores del amparo constitucional, el constituyente resalta la inmediatez y subsidiariedad al señalar en el parágrafo I del art. 129 de la Constitución que esta acción “[...] se interpondrá siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados”. Lo señalado implica que la acción de amparo forma parte del control reforzado de constitucionalidad o control tutelar de los derechos y garantías

al constituirse en un mecanismo constitucional inmediato de carácter preventivo y reparador destinado a lograr la vigencia y respeto de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, siempre que no exista otro medio de protección o cuando las vías idóneas pertinentes una vez agotadas no han restablecido el derecho lesionado, lo que significa que de no cumplirse con este requisito, no se puede analizar el fondo del problema planteado y, por tanto, tampoco otorgar la tutela.

Cabe señalar también, que la acción de amparo constitucional encuentra fundamento directo en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), instrumento internacional que señala:

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.

431

En el marco del citado precepto, que forma parte del bloque de constitucionalidad reconocido por el artículo 410 de la CPE, se tiene que la dimensión procesal constitucional de la acción de amparo constitucional debe ser estructurada a partir de este marco de disposiciones, siendo evidente que el amparo constitucional constituye un mecanismo eficaz de defensa para el resguardo de derechos fundamentales insertos en el bloque de constitucionalidad.

3. Los principios fundamentales que rigen las Acciones de Amparo Constitucional⁵

De la naturaleza jurídica de la acción de amparo constitucional se colige que la misma se encuentra regida por los *principios de subsidiariedad y de inmediatez*; en virtud al primero de ellos, corresponderá

⁵ Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0249/2012, de 29 de mayo de 2012.

a los accionantes, agotar todos los recursos de impugnación idóneos que la ley les otorga para el reclamo de sus derechos que consideren vulnerados; y de persistirse en su lesión, recién podrán solicitar la tutela constitucional, cuidando, en virtud al segundo principio citado, que sea activada dentro del plazo máximo de seis meses a partir de la comisión de la vulneración alegada o de la notificación con la última decisión judicial o administrativa que se considere lesiva de los derechos y garantías alegados, en cumplimiento a lo preceptuado por el art. 129.I y II de la norma constitucional, que impele a las partes al cumplimiento de ambos principios previa interposición de este mecanismo de defensa preventivo y reparador⁶.

Sobre el *principio de subsidiariedad*, la SC 0150/2010-R de 17 de mayo señaló lo siguiente:

432

[...] el amparo constitucional se constituye en un instrumento subsidiario y supletorio de protección; subsidiario porque no puede ser utilizado si previamente no se agotaron la vías ordinarias de defensa, y supletorio porque viene a reparar y reponer las deficiencias de esa vía ordinaria. En consecuencia, para que los fundamentos de una demanda de amparo constitucional puedan ser analizados en el fondo, la parte recurrente debe haber utilizado hasta agotar todos los medios y recursos legales idóneos para la tutela de sus derechos sea en la vía jurisdiccional o administrativa, pues donde se deben reparar los derechos y garantías lesionados es en el mismo proceso, o en la instancia donde fueron vulnerados, esto es, que en principio haya acudido ante la misma autoridad que incurrió en la presunta lesión y luego a las superiores a esta, y si a pesar de ello persiste la lesión porque los medios o recursos

⁶ Esta norma constitucional, era concordante con los arts. 59 (plazos para la interposición de acciones de defensa) y 76 (subsidiariedad e inmediatez) de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP derogada). Actualmente, el Artículo 55-I (plazo para la interposición de la acción) del Código Procesal Constitucional, establece expresamente que: «*La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de conocido el hecho*».

utilizados resultaron ineficaces, recién se abre la posibilidad de acudir al amparo constitucional, el que no puede ser utilizado como un mecanismo alternativo o sustitutivo de protección, pues ello desnaturalizaría su esencia.

Así también, la SC 0770/2003-R de 6 de junio, definiendo la naturaleza y alcance del *principio de inmediatez* afirmó que:

[...] el recurso debe ser presentado hasta dentro de los seis meses de ocurrido el acto ilegal u omisión indebida o de agotados los medios y recursos judiciales ordinarios o administrativos idóneos para hacer cesar el acto, vale decir, que el recurso no podrá ser presentado cuando el plazo de los seis meses esté superabundantemente vencido o cuando habiendo sido presentado dentro del referido plazo no se acudió previamente a las instancias competentes para denunciar la lesión al derecho fundamental.

Plazo de caducidad que se instituyó expresamente por nuestra ley fundamental, dado que:

433

[...] por principio general del derecho, ningún actor procesal puede pretender que el órgano jurisdiccional esté a su disposición en forma indefinida, sino que solo podrá estarlo dentro de un tiempo razonable, pues también es importante señalar que si en ese tiempo el agraviado no presenta ningún reclamo implica que no tiene interés alguno en que sus derechos y garantías le sean restituidos. (SC 1157/2003-R de 15 de agosto).

Cabe aclarar que el agotamiento de los medios y recursos previos a la interposición del amparo constitucional no implica que la parte procesal haga uso de los mismos de manera discontinua o esporádica, con el único afán de reactivar el cómputo del plazo de caducidad de los seis meses, pues los reclamos deben interponerse ante la jurisdicción ordinaria o administrativa competente, conforme al marco jurídico vigente, de manera pertinente y oportuna, un razonamiento contrario daría lugar al uso de subterfugios, empleando medios de defensa inefi-

caces que distorsionen la teleología procedimental, razonamiento que responde no solo a los principios de subsidiariedad e inmediatez, sino también a los de: «[...] preclusión y celeridad, los mismos que no solo dependen de los actos de la autoridad sino también del peticionante, quien debe estar compelido por su propio interés a realizar el seguimiento que corresponda a su solicitud, de modo que cuando no ha sido diligente en propia causa no se puede pretender que esta jurisdicción esté supeditada en forma indefinida para otorgarle protección» (SC 0770/2003-R de 6 de junio).

a) Principio de subsidiariedad del amparo constitucional⁷

El art. 128 de la CPE, instituye los alcances y la finalidad de la acción de amparo constitucional cuando establece que: «...tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley». Por su parte, el art. 129.1 de la CPE, dispone que: «La acción de amparo constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad

⁷ Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0560/2012, de 20 de julio de 2012. La naturaleza subsidiaria del Amparo, fue establecida a través de la jurisprudencia y doctrina emitida por el Tribunal Constitucional, habiendo sido constitucionalizado dicho principio, por lo que, los jueces y tribunales de garantías, ante la concurrencia de esta causal de improcedencia deben denegar la tutela solicitada; ahora bien, haciendo referencia a esa jurisprudencia, cabe señalar el entendimiento asumido por la SC 0622/2010-R de 19 de julio, que señaló: «para que los fundamentos de una demanda de amparo constitucional puedan ser analizados en el fondo, la parte accionante, debe haber utilizado hasta agotar todos los medios y recursos legales idóneos para la tutela de sus derechos sea en la vía jurisdiccional o administrativa, pues donde se deben reparar los derechos y garantías lesionados es en el mismo proceso, o en la instancia donde fueron vulnerados, esto es, que en principio haya acudido ante la misma autoridad que incurrió en la presunta lesión y luego a las superiores de esta, y si a pesar de ello persiste la lesión porque los medios o recursos utilizados resultaron ineficaces, recién se abre la posibilidad de acudir al amparo constitucional, el que no puede ser utilizado como un mecanismo alternativo o sustitutivo de protección, pues ello desnaturalizaría su esencia».

correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados».

En ese contexto, la SC 1273/2010-R de 13 de setiembre, determinó que la acción tutelar citada supra: «...se encuentra regida por el principio de la subsidiariedad; y por lo tanto, corresponde al accionante demostrar la inexistencia de instancia o vía a la que pueda acudir para hacer valer sus derechos y garantías constitucionales considerados como restringidos con el objeto de que los mismos le sean restituidos, o en su caso, demostrar que agotó esas instancias sin que se hubiese reparado la lesión a sus derechos, caso contrario, la jurisdicción constitucional deberá declarar la improcedencia del amparo sin entrar al análisis de fondo de la problemática planteada, puesto que de hacerlo se estaría desnaturalizando el carácter subsidiario de esta acción tutelar suplantando la vía ordinaria o administrativa de la cual pudiese hacer uso el accionante, y subsanando además la negligencia en la que pudiese haber incurrido la parte actora de no hacer uso de las vías que la ley le otorga».

435

Dicho de otro modo, para que proceda la acción extraordinaria de amparo constitucional: «[...] el recurrente debe utilizar cuanto recurso le franquee la ley, sea ante la autoridad o persona que lesionó su derecho o ante la instancia superior a la misma en caso que se trate de autoridad y, en el caso de particulares, acudir ante la autoridad que conforme a la naturaleza del acto ilegal u omisión indebida le pueda otorgar protección inmediata, y solo se concederá el amparo, no obstante la existencia de otras vías, cuando las mismas resulten ineficaces para la defensa de los derechos, excepción que dependerá de la problemática planteada...» (0643/2006-R de 4 de julio).

En coherencia con lo señalado precedentemente, la SC 1337/2003-R de 15 de setiembre, determinó las siguientes *reglas y*

subreglas de improcedencia del recurso de amparo constitucional por subsidiariedad cuando:

1. Las autoridades judiciales o administrativas no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre un asunto porque la parte no ha utilizado un medio de defensa ni ha planteado recurso alguno, así: a) cuando en su oportunidad y en plazo legal no se planteó un recurso o medio de impugnación y b) cuando no se utilizó un medio de defensa previsto en el ordenamiento jurídico; y

2. Las autoridades judiciales o administrativas pudieron haber tenido o tienen la posibilidad de pronunciarse, porque la parte utilizó recursos y medios de defensa, así:

a) Cuando se planteó el recurso pero de manera incorrecta, que se daría en casos de planteamientos extemporáneos o equivocados y

436

b) Cuando se utilizó un medio de defensa útil y procedente para la defensa de un derecho, pero en su trámite el mismo no se agotó, estando al momento de la interposición y tramitación del amparo, pendiente de resolución.

Ambos casos, se excluyen de la excepción al principio de subsidiariedad, que se da cuando la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales denunciados, ocasionen perjuicio irremediable e irreparable, en cuya situación y de manera excepcional, procede la tutela demandada, aún existan otros medios de defensa y recursos pendientes de resolución.

Finalmente conviene recordar que además de inferirse la naturaleza subsidiaria del amparo, también se concluye que este recurso no es un medio paralelo o alternativo de protección de derechos, en ese sentido la SC 1503/2004-R de 21 de setiembre, sostiene:...el Tribunal Constitucional ha establecido que la jurisdicción constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo a los medios de defensa judicial o administrativos que la Ley dispensa a los ciuda-

danos dentro de los procesos judiciales; en este contexto, el art. 19.IV de la CPE establece que se: «[...] concederá el amparo siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados [...]», formulación general que se precisó en el art. 96.3 de la LTC que dispone: «El Recurso de Amparo no procederá contra las resoluciones judiciales que por cualquier otro recurso puedan ser modificadas o suprimidas aun cuando no se haya hecho uso oportuno de dicho recurso».

De donde se desprende que la acción de amparo constitucional es un instrumento subsidiario y supletorio en la protección de los derechos fundamentales, subsidiario porque no es posible utilizarlo si es que previamente no se agotaron las vías ordinarias de defensa y supletorio porque viene a reparar y reponer las deficiencias de esa vía ordinaria, salvo que la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales ocasione perjuicio irremediable e irreparable».

437

b) Principio de inmediatez del amparo constitucional⁸

Con relación a este principio, debemos remitirnos a las normas contenidas en el art. 129.II de la Constitución Política del Estado (CPE), el que textualmente refiere que: «La acción de amparo constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial»; materializándose en dicha normativa, el principio de inmediatez al que debe ajustarse el presente mecanismo de defensa, ello, en virtud a la necesidad de otorgar una protección inmediata y eficaz a los derechos y garantías lesionados.

En atención a este principio, corresponde a los accionantes cuidar que la demanda sea interpuesta dentro del plazo máximo de seis

⁸ Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0654/2013, de 29 de mayo de 2013.

meses a partir de la supuesta vulneración o de la notificación con la resolución judicial o administrativa que se considera lesiva de derechos fundamentales y garantías constitucionales, porque como se señaló, la norma transcrita precedentemente (art. 129.II) es categórica al precisar el principio de inmediatez, limitando el plazo máximo para su interposición a seis meses, término que anteriormente se encontraba establecido solo vía jurisprudencial.

438

El principio de inmediatez, tiene un doble efecto: el primero, positivo referido a que a través de esta vía la jurisdicción constitucional deberá brindar una protección inmediata y oportuna al o a los derecho [s] fundamental (es) restringido [s] o suprimido [s] de manera ilegal o indebida; y, el segundo, negativo, referido a que el titular del derecho fundamental vulnerado, deberá presentar el recurso máximo dentro de los seis meses de conocido el supuesto acto ilegal o la última actuación, siempre que la parte accionante hubiese utilizado todos los medios y recursos idóneos, en principio ante la misma autoridad que incurrió en la lesión al derecho o garantía fundamental y luego, ante las superiores a esta, hasta agotar todas las instancias, siempre que fueran competentes para hacer cesar el acto ilegal u omisión indebida. (SSCC 1157/2003-R, 1013/2003-R, 1007/2003-R, reiteradas, entre otras, por la SC 0554/2010-R de 12 de julio).

Complementando dicha jurisprudencia, la SC 1157/2003-R de 15 de agosto reiterada por la SC 0521/2010-R de 5 de julio señaló que la inmediatez se encuentra sustentada básicamente en: «el principio de preclusión de los derechos para accionar, pues por principio general del derecho ningún actor procesal puede pretender que el órgano jurisdiccional esté a su disposición en forma indefinida, sino que solo podrá estarlo dentro de un tiempo razonable, pues también es importante señalar que si en ese tiempo el agraviado no presenta ningún reclamo implica que no tiene interés alguno en que sus derechos y garantías le sean restituidos».

4. La denegatoria del amparo constitucional por actos consentidos libre y expresamente⁹

Las normas previstas por el art. 128 de la CPE, establecen que la acción de amparo constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado y la ley¹⁰.

⁹ Este acápite y los siguientes, reproducen los fundamentos jurídicos expuestos en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0654/2013, de 29 de mayo.

¹⁰ Aplicación de la teoría del hecho superado: El Tribunal Constitucional, al interpretar el contenido y alcance del art. 128 de la CPE, en forma reiterada ha señalado que el objetivo de la acción de amparo constitucional se circunscribe a la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, cuando estos resulten restringidos, suprimidos, amenazados o, amenazados de ser restringidos o suprimidos por la acción u omisión de los servidores públicos o de particulares. De esta manera, se tiene que el propósito de esta acción, tal como lo establece el mencionado artículo, es que el juez o Tribunal de garantías, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, disponiendo en lo pertinente las órdenes que considere necesarias, ya sea al servidor público o al particular que con sus acciones u omisiones han amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa inmediata y eficaz de los mismos. No obstante, se da el caso en que para el momento en que se interpone la acción de amparo, ya se ha reivindicado el derecho vulnerado, o ha desaparecido la causa de tal afectación. Esta figura es conocida como el «hecho superado», en el sentido de que han desaparecido los supuestos de hecho que motivaron el ejercicio de la acción. La teoría del hecho superado y sus implicaciones en el proceso de la acción de amparo han sido desarrolladas por la uniforme jurisprudencia constitucional emitida por este Tribunal en diferentes pronunciamientos. Así, en la SC 1640/2010-R de 15 de octubre, el Tribunal Constitucional manifestó haciendo mención a la SC 1290/2006-R de 18 de diciembre, señaló que: «[...] corresponde aplicar la línea jurisprudencial contenida en la SC 0039/2006-R de 11 de enero, que establece que cuando desaparece el objeto del recurso, por haberse superado el hecho reclamado, el recurso debe ser denegado, sentando a través de esta decisión la línea jurisprudencial vigente que plasma la llamada “teoría del hecho superado”, entendimiento que además fue ratificado por la SC 1077/2010 de 27 de agosto». Es claro, entonces, que cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de amparo constitucional pierde su razón de ser y, en este sentido, la decisión que pueda llegar a adoptar el juez o tribunal de garantías con respecto al caso concreto resultaría, inútil y contraria al objetivo previsto para el que fue creada dicha acción (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0331/2012, de 18 de junio).

En ese orden, del contenido del texto constitucional de referencia, puede inferirse que la acción de amparo constitucional es un mecanismo de defensa jurisdiccional, eficaz, rápido e inmediato de protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, cuyo ámbito de protección se circunscribe respecto de aquellos derechos fundamentales y garantías, que no se encuentran resguardados por los otros mecanismos de protección especializada que el orden constitucional brinda a los bolivianos, como la acción de libertad, de protección de privacidad, popular, de cumplimiento, etc.

En este contexto, el amparo constitucional boliviano en su dimensión procesal, se encuentra concebido como una acción que otorga a la persona la facultad de activar la justicia constitucional en defensa de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, fin para el cual, el Código Procesal Constitucional estableció los requisitos para su procedencia, entre ellos, en el art. 53.2, determina que el amparo constitucional no procederá contra actos consentidos libre y expresamente.

440

Al respecto, la jurisprudencia constitucional, en la SC 0700/2003-R de 22 de mayo, reiterada por las SSCC 0589/2010-R, 0725/2010-R y 0231/2010-R entre otras, expresó lo siguiente: «[...] La excepción prevista en la citada norma, tiene su fundamento en el respeto al libre desarrollo de la personalidad, lo que significa que toda persona puede hacer lo que desee en su vida y con su vida sin que la Sociedad o el Estado puedan realizar intromisiones indebidas en dicha vida privada; pues se entiende que toda persona tiene la absoluta libertad de ejercer sus derechos de la forma que más convenga a sus intereses, con la sola condición de no lesionar el interés colectivo o los derechos de las demás personas; por lo mismo, frente a una eventual lesión o restricción de su derecho fundamental o garantía constitucional la persona tiene la libertad de definir la acción a seguir frente a dicha situación, ya sea reclamando frente al hecho ilegal, planteando las acciones pertinentes o, en su caso, de consentir el hecho o llegar a un acuerdo con la persona o autoridad que afecta su derecho, por

considerar que esa afección no es grave y no justifica la iniciación de las acciones legales correspondientes».

En la SC 0345/2004-R de 16 de marzo, se concluyó que: «[...] Bajo dicho entendimiento el consentimiento libre y expreso supone la acción voluntaria de la persona de someterse al acto considerado lesivo, sin objetarlo, tomando una actitud pasiva frente al mismo, o en su caso, realizando acciones que no tienden a restablecer el acto considerado lesivo»; agregando más adelante que: «[...] para que se abra la tutela que brinda este recurso, la actuación de las partes dentro de los procesos judiciales o administrativos, una vez producido el acto considerado ilegal o lesivo, debe ser activa y permanente en procura de su reparación, para que recién, en su caso, ante la falta de protección y una vez agotados todos los medios a su alcance acudir directamente a la tutela que brinda este recurso y no realizar, por el contrario, acciones que reflejen el consentimiento del acto reclamado al continuar con la tramitación del proceso sometiéndose a sus incidencias [...]».

441

De donde es posible concluir que la tutela que brinda la acción de amparo constitucional, debe ser denegada ante actos libre y expresamente consentidos por el accionante, los que pueden ser expresos, cuando se aceptó fehaciente o tácito el acto ilegal o la omisión indebida cuando se adopta una posición pasiva, dejando transcurrir el plazo que se tiene para impugnar, procediendo a ejecutar o cumplir el acto, o en su caso, sin cuestionar en la primera oportunidad que se tuvo dentro de la tramitación del proceso, ya sea judicial o administrativo, o bien después de haberlo hecho no acudir a la jurisdicción constitucional dentro de los plazos previstos por las normas legales.

5. Aplicación conjunta de la teoría de los actos consentidos y del principio de inmediatez de la acción de amparo

En los fundamentos jurídicos precedentes, se desarrolló la normativa jurídica y jurisprudencia constitucional existente sobre el *principio de inmediatez* de las acciones de amparo constitucional, deno-

minado también *plazo de caducidad*; así como la denegatoria de este mecanismo de defensa por *actos consentidos libre y expresamente*; ambos aspectos que, de acuerdo a las problemáticas planteadas, pueden operar de manera paralela, y uno como consecuencia del otro.

Teoría constitucional que mereció desarrollo jurisprudencial por parte del extinto Tribunal Constitucional, a tiempo de resolver un caso concreto, en el AC 0112/1999-R de 7 de setiembre, en el que estableció lo siguiente: «...la censura y destitución del recurrente se ha producido en fecha 4 de junio de 1998 a través de la Resolución Municipal 019/98, pretendiendo dejarla sin efecto a través de este recurso de amparo constitucional presentado recién en fecha 26 de marzo de 1999, habiendo dejado transcurrir 9 meses y 22 días, al margen de los cinco meses que ha durado su tramitación, por lo que el presente recurso no cumple con uno de los requisitos fundamentales que son inherentes a su naturaleza y procedencia que es la inmediatez, lo que hace presumir la existencia de libre y expreso consentimiento, resultando improcedente el recurso [...]».

442

Dicho entendimiento se complementó con lo expresado por la SC 0685/2003-R de 21 de mayo, que estableció: «...Los derechos fundamentales son derechos subjetivos por excelencia. Por derecho subjetivo se entiende cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones o interferencias) adscrita a una persona por una norma jurídica. De lo dicho se extrae que una de las notas caracterizadoras de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo. Con esto quiere ponerse de relieve que el titular de un derecho fundamental no es la sociedad ni el Estado sino el individuo; por tanto, se trata de un derecho disponible. Conforme a esto, la persona que ha podido sufrir una vulneración a algún derecho fundamental, atendiendo a razones particulares, puede consentir de manera expresa la lesión o amenaza a esos derechos, o simplemente adoptar una posición pasiva, consistente en no acudir a la tutela jurisdiccional. En el primer caso, el legislador de manera específica ha tomado la decisión política

de que tales supuestos son causales de improcedencia en el recurso de amparo [...]. En el segundo caso, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que la inacción por más de seis meses del supuestamente agraviado, determina también la improcedencia del recurso».

Dentro de ese marco, se tiene que el titular de un derecho, atendiendo a razones personales, puede consentir ya sea de manera expresa o tácita, la lesión o amenaza a sus derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, adoptando simplemente una posición pasiva de no acudir a la tutela constitucional dentro de los términos establecidos en la normativa jurídica, determinando la denegatoria de la acción por falta de inmediatez, lo que hace presumir la existencia de libre y expreso consentimiento con las determinaciones asumidas dentro de los procesos judiciales o administrativos.

Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional se encuentra disponible para que aquellas personas que se crean afectadas en sus derechos y garantías, acudan ante ella en busca de tutela y por ende de reparación inmediata, sin embargo, no puede pretenderse que dicha permisibilidad se mantenga de manera indefinida, provocando una inseguridad jurídica en los sujetos procesales, razón por la cual, tanto la Constitución como las normas procesales constitucionales, han establecido lo que antes se encontraba regulado únicamente por la jurisprudencia constitucional, como es el plazo de los seis meses, para la interposición de la acción de amparo constitucional, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada con la última decisión administrativa o judicial, prescripción que protege el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, transcurrido el cual, se entiende que el supuesto afectado, no tiene interés en que sus derechos y garantías conculcados, le sean restituidos, lo que conlleva a suponer que dicho sujeto procesal, debido a su pasividad o negligencia consintió o permitió la consumación de dichas lesiones, dejando precluir de manera voluntaria, su derecho de reclamo, como titular de sus derechos subjetivos.

6. El principio de inmediatez y la utilización previa de medios o recursos inidóneos

De acuerdo a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional, con relación a la presentación de recursos inidóneos y su repercusión en el cómputo del plazo de caducidad que rige para las acciones de amparo constitucional, la acción tutelar será viable, únicamente cuando previo a su activación, la parte que se siente agraviada en sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, agotó todos los medios y recursos idóneos, y dentro del plazo máximo de seis meses a partir de conocido el supuesto acto ilegal o la última actuación, conjunciándose de esa manera, los principios de inmediatez o caducidad y subsidiariedad que demanda el presente mecanismo de defensa.

Conclusión a la que arribaremos, mediante la revisión de la jurisprudencia constitucional que de manera progresiva fue realizando sobre este tema. En ese orden, la SC 0770/2003-R de 6 de junio, estimó lo siguiente:

444

[E]l principio de inmediatez no importa la utilización discontinua o esporádica de los medios y recursos previos a la interposición del amparo, pues los reclamos deben ser interpuestos ante la instancia ordinaria o administrativa competente oportunamente, debiendo el agraviado por la lesión, hacer el seguimiento respectivo de su reclamo hasta agotar todas las instancias en el tiempo razonable, y para el caso de no obtener respuesta ni la cesación de la vulneración podrá acudir en el plazo de seis meses ante la jurisdicción constitucional a fin de que se compulse la amenaza, restricción o supresión al derecho fundamental. Este razonamiento, resulta lógico, puesto que responde no solo al principio de inmediatez sino también a los principios de preclusión y celeridad, los mismos que no solo dependen de los actos de la autoridad sino también del peticionante, quien debe estar compelido por su propio interés a realizar el seguimiento que corresponda a su solicitud, de modo que cuando no ha sido diligente en propia causa no se puede pretender que esta jurisdicción esté supeditada en forma indefinida para otorgarle protección.

Por otra parte, en la SC 0079/2007-R de 23 de febrero se afirmó que: «[...] cuando se reclama ante instancias no competentes o por medios no idóneos, estos no pueden interrumpir el plazo de seis meses de caducidad del recurso de amparo, ya que al no ser mecanismos legales, no pueden generar una consecuencia jurídica habilitante para impedir la prescripción del derecho a acceder a dicho recurso; en tal sentido, solo las vías legales e idóneas interrumpen el plazo de seis meses determinado como máximo para acceder al recurso de amparo constitucional».

En ese orden, se tiene que el cómputo del plazo de los seis meses para la interposición de la acción de amparo constitucional se inicia desde conocido el supuesto acto ilegal o bien desde la notificación a la parte afectada con la última resolución que agota la vía, entendida esta como el último actuado idóneo; por lo tanto, los medios o recursos planteados al margen de lo estipulado en la normativa legal vigente, ya sea por su inexistencia, improcedencia, extemporaneidad o equivocación, no pueden ser considerados para ampliar el plazo previsto, al no ser idóneos.

445

7. La inmediatez en las acciones de amparo constitucional y su desarrollo jurisprudencial¹¹

La acción de amparo constitucional, podrá ser planteada hasta los seis meses de conocido el acto ilegal u omisión indebida, siempre que no existan otros recursos o medios para dejarlo sin efecto, plazo que deberá computarse a partir del momento en que se agotó la última instancia; entonces, la persona que se considera agraviada, debe activar la jurisdicción constitucional máximo hasta los seis meses de tener conocimiento del acto ilegal u omisión indebida o después de haberse agotado los medios y recursos que se tengan para hacer cesar los mismos, los cuales también deben ser utilizados oportunamente, pues esta condición es determinada por la norma contenida en el art. 129.II de la CPE.

¹¹ Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 1868/2013, de 29 de octubre de 2013.

La SCP 2134/2012 de 8 de noviembre señaló: «La SCP 0040/2012 de 26 de marzo, citando al efecto la SC 0792/2007-R de 2 de octubre, emitida por el extinto Tribunal Constitucional, concluyó que: «...el principio de inmediatez está basado en el principio de preclusión de los derechos para accionar, lo que significa que para poder ingresar al análisis de fondo de la problemática que se plantea en este tipo de acciones tutelares, quien recurre de amparo constitucional debe interponer su acción dentro del plazo de seis meses de conocido el acto o hecho ilegal o de agotados los medios o recursos que la ley le otorga para subsanar la supuesta lesión, caso contrario, se estaría incumpliendo con el citado principio del *recurso de amparo constitucional*».

La amplia jurisprudencia constitucional emanada del Tribunal Constitucional, establece que la acción de amparo constitucional “... podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial” (art. 129.II de la CPE); de ese modo, se pretende acentuar el propósito de esta acción, consistente en otorgar protección inmediata y eficaz a los derechos y garantías lesionados, dentro de un plazo razonable fijado al efecto; considerando que el agraviado no puede disponer indefinidamente de la jurisdicción constitucional (con similar afirmación, las SSCC 0551/2010-R, 0554/2010-R, 0626/2010-R, 0782/2010-R, entre otras)».

Concluyendo que: «...la interposición de la acción de amparo constitucional fuera del plazo de los seis meses, previsto en el art. 129. II de la CPE, no implica una simple y llana exigencia, sino más bien responde al tiempo prudente de tolerancia o aceptación del acto lesivo que se acusa, de lo contrario da lugar al principio de preclusión del derecho de acudir a esta acción tutelar ante la jurisdicción constitucional; por cuanto el ciudadano o afectado en sus derechos o garantías, por su propio interés debe ser diligente y acudir sin ningún tipo de espera a la protección de los mismos, de no ser así su actitud llega a ser negligente

en causa propia llevándolo a una consecuencia jurídica, que es la extemporaneidad de la presentación de la acción; lo que significa que no se puede ingresar al análisis de fondo».

En ese sentido, el art. 55.I del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), en cuanto refiere al plazo para la interposición de la acción de amparo constitucional, determina que el mismo podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de conocido el hecho.

Consecuentemente, en observancia a este principio, y en coherencia con las normas legales citadas, corresponde a los accionantes cuidar que la acción de amparo constitucional sea interpuesta dentro del plazo máximo de seis meses a partir de la supuesta vulneración o de la notificación con la resolución judicial o administrativa que se considera lesiva de derechos fundamentales y garantías constitucionales; pues como se señaló precedentemente, la norma establecida en el art. 129.II de la Norma Suprema es concluyente al precisar el principio de inmediatez, delimitando el plazo máximo para su interposición a seis meses».

447

En el mismo sentido, la SC 0132/2010-R de 17 de mayo, determina: «Que, por mandato constitucional la tutela que otorga el amparo, es de naturaleza eminentemente subsidiaria e inmediata, lo que implica –según ha establecido la jurisprudencia constitucional– que el recurso debe ser presentado hasta dentro de los seis meses de ocurrido el acto ilegal u omisión indebida o de agotados los medios y recursos judiciales ordinarios o administrativos idóneos para hacer cesar el acto; vale decir, que el recurso no podrá ser presentado cuando el plazo de los seis meses esté superabundantemente vencido, o cuando habiendo sido presentado dentro del referido plazo no se acudió previamente a las instancias competentes para denunciar la lesión al derecho fundamental».

8. El plazo para la interposición de la Acción de Amparo Constitucional e inicio del cómputo¹²

Nuestra Ley Fundamental, en su art. 29.II, señala: «La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial».

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional señaló: «A efectos de un correcto cómputo del plazo de seis meses para la interposición de la acción de amparo constitucional, teniendo en cuenta el plazo prudencial para la interposición del amparo y su naturaleza subsidiaria —que encarna el agotamiento en la misma vía de medios idóneos— debe ser modulado en los siguientes términos: El cómputo del plazo de los seis meses para la interposición de la acción de amparo, es desde la notificación con la resolución o auto de vista que agota la vía, dado que ha sido el último actuado idóneo. Sin considerar los recursos, incidentes u otros medios no previstos por ley, o presentados extemporáneamente, aún en los casos de equivocación o error en su presentación, los cuales se consideran inidóneos. Si es que se hubiese solicitado enmienda, aclaración o complementación de la resolución principal o auto de vista, que se constituye en el medio idóneo y que agota la vía, y no hubiesen sido consideradas, por extemporaneidad o el motivo que fuere; al no tener trascendencia ni efecto en la resolución principal, el plazo de los seis meses corre desde la notificación con la resolución principal o auto de vista, sin considerar la solicitud de aclaración, complementación o enmienda. En los casos en que la solicitud hubiese sido considerada dando lugar a la enmienda, aclaración o complementación, la misma pasa a formar parte del contenido de la resolución principal, conformando un todo; en consecuencia, por los efectos o trascendencia, solo en estos casos, el plazo de los seis meses corre desde la notificación con la reso-

¹² Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0548/2012, de 9 de julio de 2012.

lución que da lugar a la complementación, enmienda o aclaración». Así lo entendieron las SSCC 0521/2010-R y SC 0733/2010-R, entre otras.

9. Sobre el cómputo de los seis meses para interponer la acción de amparo constitucional, suspensión y reanudación del plazo¹³

De acuerdo a lo prescrito por el art. 129.II de la CPE, la acción de amparo constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial. Sin embargo, cabe aclarar que este cómputo se suspende durante la sustanciación del caso y se reinicia a partir de la notificación con la Sentencia Constitucional Plurinacional, mediante la cual no se ingresó al análisis de fondo de la problemática planteada.

En esta línea, la SCP 0876/2012 de 20 de agosto, estableció: «[...] concierne ahora referirnos a aquella situación excepcional en que el plazo de inmediatez se suspende y que la jurisprudencia constitucional desarrolló al indicar: «Este Tribunal también dispuso que en los casos cuando se interpuso con anterioridad una acción tutelar sobre los mismos hechos que no ingresó al fondo de la problemática, el plazo queda suspendido durante la sustanciación; es decir, que el cómputo se corta con la interposición de la acción y se reinicia desde la notificación con la resolución o sentencia constitucional que no ingresó al fondo. [...] En ese sentido, la SC 0814/2006-R de 21 de agosto, sobre el particular estableció: «A cuyo efecto, resulta necesario establecer que el cómputo del plazo de los seis meses para interponer el recurso de amparo constitucional, se inicia desde ocurrido el acto ilegal vulneratorio de derechos, y si este permite impugnación se inicia el cómputo desde la última actuación efectuada en reponer el derecho vulnerado; empero, en los casos en que como el presente, se interpuso un recurso de amparo constitucional que culminó con una resolución constitucional que no ingresó al fondo;

¹³ Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 1394/2013, de 16 de agosto de 2013.

el plazo se suspende durante ese periodo; es decir, que el cómputo se corta con la interposición del recurso de amparo constitucional en este caso, y luego se reinicia o continúa el cómputo desde la notificación de la resolución o sentencia constitucional que no ingresó al fondo...».

10. El amparo frente a medidas de hecho: alcances y requisitos para su consideración a través de la acción de amparo constitucional y su excepción al principio de subsidiaridad¹⁴

La SC 0148/2010-R de 17 de mayo, expresó lo siguiente: «En un Estado unitario, social de derecho, con características propias, cuya población está conformada por los bolivianos y bolivianas, las diversas naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas, tal cual establece los arts. 1 y 3 de la Constitución Política del Estado (CPE), los actos al margen del pluralismo jurídico y convivencia de las diversas jurisdicciones, que se constituyen en vías o medidas de hecho, o justicia incontrolada a mano propia, son situaciones intolerables que tienen consecuencia jurídica.

450

Tratándose de la acción de amparo constitucional como medio reparador ante dichas situaciones excepcionales de medidas de hecho, se debe tener presente que tanto en la configuración de la abrogada como de la vigente Constitución, ha tenido y tiene una naturaleza subsidiaria, puesto que la tutela que brinda está sujeta a la no existencia de otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías presuntamente vulnerados, los que deben ser utilizados previamente hasta ser agotados.

No obstante, existen situaciones excepcionales en las que el agotamiento de tales vías implicaría la consumación irreversible de la vulneración del derecho, con el consiguiente daño irremediable, en cuyo caso la tutela resultaría ineficaz, en el que por la existencia de acciones

¹⁴ Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0452/2012, de 4 de julio de 2012.

de hecho o justicia directa o a mano propia, que puede ser proveniente de parte de autoridades o funcionarios públicos, o de particulares, se hace urgente la tutela inmediata, prescindiendo de las vías legales que pudiesen existir, a efectos de que cesen las ilegalidades y actos hostiles, con la consiguiente afectación inclusive de otros derechos fundamentales, por tanto en esos casos corresponde ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada.

En cuanto a los alcances de las medidas de hecho, el Tribunal Constitucional a través de la SC 0832/2005-R de 25 de julio, entre otras, señaló que son: «...los actos ilegales arbitrarios que desconocen y prescinden de las instancias legales y procedimientos que el ordenamiento jurídico brinda, realizando justicia directa, con abuso del poder que detentan frente al agraviado, actos que resultan ilegítimos por no tener respaldo legal alguno y que por el daño ocasionado y la gravedad de los mismos, merecen la tutela inmediata que brinda el amparo por vulnerar derechos fundamentales...», y en cuanto a los fundamentos de la prescindencia de la subsidiariedad agregó que: «La idea que inspira la protección no es otra que el control al abuso del poder y el de velar por la observancia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia, control que se extiende tanto a las autoridades públicas como a los particulares que lo ejercen de manera arbitraria por diferentes razones y en determinadas circunstancias [...]», entendimiento que no contraviene el actual orden constitucional.

451

No obstante, se debe tener presente que existen requisitos para considerar la situación como medida de hecho y hacer abstracción de las exigencias procesales, como ser:

1. Debe existir una debida fundamentación y acreditación objetiva de que efectivamente se está frente a una medida de hecho o justicia a mano propia, donde el agraviado o accionante se encuentre ante una situación de desprotección o desventaja frente al demandado, o agresor, sea autoridad, funcionario o particular o grupo de personas, por la des-

proporcionalidad de los medios o acción; la presentación de la acción de amparo constitucional debe ser de manera oportuna e inmediata, haciendo abstracción de la subsidiariedad. De lo contrario no justificaría la premura ni gravedad y deberá agotar las instancias jurisdiccionales o administrativas pertinentes según sea el caso, y agotadas las mismas, acudir a la jurisdicción constitucional.

2. Necesariamente se debe estar ante un inminente daño irreversible o irreparable, ya sea agravando la lesión ya consumada, o que ello provoque la amenaza de restricción o supresión a otros derechos fundamentales. Situaciones que deben ser fundamentadas y acreditadas.

3. El o los derechos cuya tutela se pide, deben estar acreditados en su titularidad; es decir, no se puede invocar derechos controvertidos o que estén en disputa, atendiendo claro está, a la naturaleza de los mismos.

452

4. En los casos en que a través de medios objetivos se ponga en evidencia que existió consentimiento de los actos denunciados y acusados como medidas de hecho, no corresponde ingresar al análisis de la problemática, por cuanto esta acción de defensa no puede estar a merced del cambio o volatilidad de los intereses del accionante. Sin embargo, cuando el agraviado o accionante señale que existen actos de aparente aceptación, pero que son producto de la presión o violencia que vició su voluntad, esta situación debe ser fundamentada y acreditada de manera objetiva, en ese caso, será considerada una prueba de la presión o medida de hecho, inclusive».

11. La protección directa e inmediata otorgada en forma excepcional por la acción de amparo constitucional, ante medidas de hecho¹⁵

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido uniforme al señalar que: «[...] el fundamento constitucional que sustenta

¹⁵ En este acápite y el siguiente, se reproducen los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0489/2012, de 6 de julio de 2012.

la procedencia excepcional de una tutela ante medidas de hecho, –ante cualesquier acto– es que en un Estado de derecho, no es legal ni válido que una autoridad pública o un particular, invocando supuesto ejercicio «legítimo» de sus derechos subjetivos, se arrogue facultades y adopte medidas de hecho (justicia directa o justicia por mano propia) para poner término a sus diferencias o solucionar sus conflictos con otros desconociendo que existen los mecanismos legales y las autoridades competentes para el efecto» (SC 0534/2007-R de 28 de junio).

Entendimiento jurisprudencial que fue recogido de la SC 0374/2007-R de 10 de mayo, que precisó:

Cuando se denuncian [...] acciones que implican una reivindicación de las prerrogativas de las personas por sí mismas, vale decir, al margen de las acciones y mecanismos establecidos por la Constitución Política del Estado y las leyes, de forma parecida a una justicia por mano propia; este Tribunal Constitucional ha determinado que tales actos son acciones o vías de hecho, porque no encuentran respaldo legal en norma alguna, vale decir no tienen apoyo legal; pues el solo hecho de pertenecer a un colectivo humano organizado en un Estado, supone la proscripción de toda forma de venganza o justicia por mano propia, ya que la institucionalidad estatal se basa en la pacífica convivencia de las personas, quienes, para lograr ese objetivo, desisten de materializar sus derechos por sí mismos, para encargar la dilucidación de sus controversias a las autoridades instituidas por el Estado.

453

De ahí que la jurisprudencia constitucional entendió que las medidas de hecho se configuran como aquellos:

[...] actos ilegales arbitrarios que desconocen y prescinden de las instancias legales y procedimientos que el ordenamiento jurídico brinda, realizando justicia directa, con abuso del poder que detentan frente al agraviado, actos que resultan ilegítimos por no tener respaldo legal alguno y que por el daño ocasionado y la gravedad de los mismos, merecen la tutela inmediata que brinda el amparo por vulnerar derechos

fundamentales. La idea que inspira la protección no es otra que el control al abuso del poder y el de velar por la observancia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia, control que se extiende tanto a las autoridades públicas como a los particulares que lo ejercen de manera arbitraria por diferentes razones y en determinadas circunstancias. [...] (SC 0832/2005-R de 25 de julio).

En ese entendido se establece que la acción de amparo constitucional se rige por el *principio de subsidiariedad*; sin embargo, ante la presencia de *medidas de hecho* la jurisprudencia constitucional ha determinado su procedencia excepcional.

12. La presentación de prueba, para la consideración de medidas de hecho

454

Es necesario precisar que las medidas de hecho deben ser probadas por el accionante, es decir que para poder conceder la tutela debe existir la certeza de que efectivamente estos actos se cometieron, lesionando los derechos o garantías del accionante, conforme lo señala la referida SC 0374/2007-R de 10 de mayo, que afirma: «...el recurrente o agraviado al interponer su recurso debe acreditar y demostrar la existencia del acto u omisión denunciados de ilegales y además de ello, también debe demostrar que quien cometió esos actos u omisiones es el particular o la autoridad contra quien recurre de amparo, de esa forma la determinación del Tribunal obedecerá a la certidumbre de que efectivamente se habría vulnerado o amenazado un derecho fundamental, caso contrario, es decir de no presentar el recurrente prueba suficiente que demuestre la existencia del acto lesivo, no se podría conceder la tutela pues se estaría ante un hecho no probado que impide verificar la existencia de lesión a un derecho».

Asimismo, la SC 0208/2010-R de 24 de mayo, al asumir el razonamiento contenido en la SC 0374/2007-R, sostuvo lo siguiente: «[...]Complementando este entendimiento, teniendo en cuenta que pueden producirse determinadas situaciones en las que exista la im-

posibilidad material de efectuar tal acreditación, la citada sentencia constitucional estableció una subregla dentro de la línea jurisprudencial que establece la obligatoriedad de probar por parte del accionante los hechos que denunciados, al establecer que cuando no exista divergencia sobre los hechos denunciados, es decir, cuando se atribuya a los demandados haber incurrido en vías de hecho y exista aceptación de los hechos denunciados por parte de estos, o los mismos no los desvirtúen en forma debida, tendrá que concederse la tutela; para ello, tendrán que concurrir los dos aspectos: a) La imposibilidad de obtener y presentar la prueba correspondiente y, b) La aceptación de los hechos acusados o la no desvirtuación de los mismos por parte de los demandados».

En cuanto a la obligatoriedad que el accionante tiene de adjuntar la prueba correspondiente que acredite las supuestas medidas de hecho denunciadas, se establece lo siguiente:

455

a) Que las medidas de hecho denunciadas por lo general deben ser probadas por el o los accionantes; ya que debe demostrarse con certeza que indudablemente se han suscitado los actos que lesionaron los derechos y/o garantías denunciados.

b) Para invocar la excepción de la prueba y conceder la tutela solicitada, tendrán que concurrir dos requisitos:

i) La imposibilidad de obtener y presentar la prueba correspondiente; y,

ii) La aceptación de los hechos acusados o que no se desvirtúen los mismos por parte de los demandados.

c) En virtud al principio *favor debilis* y considerando los supuestos del caso concreto es posible efectuar la inversión de la presentación de la prueba cuando precisamente son los demandados poseedores de los elementos probatorios que acreditan la legalidad o ilegalidad de los actos acusados.

13. La doctrina constitucional sobre tutela del amparo frente a medidas de hecho

Cabe señalar que la SCP 1478/2012 de 24 de setiembre, ha logrado sistematizar la jurisprudencia existente sobre la tutela que brinda la acción de amparo constitucional frente a las vías de hecho, en los términos expuestos a continuación.

13.1. El Estado constitucional de derecho asumido en la Constitución supone la proscripción de las medidas de hecho o vías de hecho

El Tribunal Constitucional Plurinacional, ha verificado con preocupación que recurrentemente se ha activado la acción de amparo para denunciar: i) Avasallamientos u ocupaciones por medidas o vías de hecho de predios urbanos o rurales privados o públicos con limitación arbitraria del derecho a la propiedad, la perturbación o pérdida de la posesión o tenencia del bien inmueble; ii) Cortes de servicios públicos (agua, energía eléctrica, etc.); y, iii) Desalojos extrajudiciales de viviendas; entre otros supuestos que propician, con un solo hecho (vías de hecho) la repetición crónica de violaciones de una serie de derechos humanos de afectación directa e indirecta, conforme se analizará posteriormente y que ameritan un análisis estructural de este problema.

456

En ese orden, corresponde analizar cuál es el significado y cuáles son las consecuencias jurídicas para el poder público y la convivencia social de los ciudadanos, así como el rol de la justicia constitucional frente a las acciones vinculadas a medidas o vías de hecho en el modelo de Estado constitucional de derecho asumido por mandato del art. 1 de la CPE.

A ese efecto, sin ingresar a repaso históricos o formulaciones teóricas, es posible señalar que la afortunada concepción de «Estado de derecho» o «Estado bajo el régimen de derecho» cuya base ideológica es «un gobierno de leyes y no de hombres», nace sepultando el modelo de «Estado bajo el régimen de la fuerza», el que no obstante haber sido

llenado de diversos contenidos en diferentes épocas históricas (Estado de derecho legislativo y actualmente Estado constitucional de derecho) tuvo una trascendencia unívoca: La proscripción de la arbitrariedad pública y privada en las reglas de convivencia social y contención del poder, garantizando con ello, el respeto a la ley.

En efecto, el Estado de derecho en principio tuvo una versión particular configurada como «Estado de derecho legislativo» o «*Estado legal de derecho*», empero, esta concepción reducía a un simple sistema de dominación mediante el instrumento de la ley, pues todo Estado era de derecho, por el solo hecho de que la actividad estatal se desarrollara bajo cánones legales (del legislador), siendo irrelevante si las leyes fueran opresoras o autoritarias, concepción que se sustentaba en que la ley (con características de generalidad y abstracción) era la más alta expresión de la soberanía y, por ello, quedaba al margen de cualquier límite o control, con lo cual, las constituciones terminaron siendo meras cartas políticas, afianzándose el imperio de la ley y el principio de legalidad.

457

Actualmente, el Estado de derecho, se configura como «Estado constitucional de derecho», que es «un estadio más de la idea de Estado de derecho, o mejor, su culminación», o en palabras de Prieto Sanchís «[...] no cabe duda que el Estado constitucional representa una fórmula del Estado de derecho, acaso su más cabal realización».

Este modelo, supone una profunda transformación en la concepción general de «Estado de derecho», debido a que en esta última fórmula «*Estado constitucional de derecho*»: a) El poder público (órganos ejecutivo, legislativo, judicial y electoral); y, b) La convivencia social de los ciudadanos están sometidos a la Constitución a través del principio de constitucionalidad que viene a sustituir el principio de legalidad y, por ende, supone la proscripción de las acciones vinculadas a medidas de hecho o vías de hecho por el propio Estado o los particulares en cualesquiera de sus formas.

13.1.1. El derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia es el derecho fundamental común violado en acciones vinculadas a medidas de hecho, debido a su arbitraria exclusión

De manera general, cuando los particulares o el Estado invocando supuesto ejercicio legítimo de sus derechos o intereses adoptan acciones vinculadas a medidas o vías de hecho en cualesquiera de sus formas: i) Avasallamientos u ocupaciones por vías de hecho de predios urbanos o rurales privados o públicos con limitación arbitraria del derecho a la propiedad, la pérdida o perturbación de la posesión o la mera tenencia del bien inmueble; ii) Cortes de servicios públicos (agua, energía eléctrica); y, iii) Desalojos extrajudiciales de viviendas; entre otros supuestos, desconociendo que existen mecanismos legales y autoridades competentes en el orden constitucional para la solución de sus conflictos, excluyen el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia del afectado, que se constituye en el primer derecho fundamental común vulnerado en acciones vinculadas a medidas de hecho en cualesquiera de sus formas.

458

El derecho fundamental a la jurisdicción o acceso a la justicia está consagrado en los arts. 115.I de la CPE, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se constituye en «el derecho protector de los demás derechos» y, por lo mismo, en una concreción del Estado constitucional de derecho.

En efecto, es la Constitución, la que determina cuáles son los órganos que tienen la potestad de impartir justicia (art. 179.I, II y III de la CPE) para la oponibilidad de derechos no solamente vertical sino también horizontal, entonces, es reprochable y censurable acudir a acciones vinculadas a medidas de hecho, so pena de excluir arbitrariamente el ejercicio del derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia de la otra parte, quien tiene la seguridad jurídica y certeza (art. 178.I de

la CPE) que para la solución de cualquier diferencia, interés o derecho en conflicto, este será resuelto por una de las jurisdicciones reconocidas por la Constitución.

En ese entendido, la potestad de impartir justicia, por mandato de la Constitución y desde su propia concepción plural (pluralismo jurídico) es la facultad del Estado Plurinacional a administrar justicia emanada del pueblo boliviano (art. 178 de la CPE) a través de los órganos formales competentes (jurisdicción ordinaria, jurisdicción agroambiental y jurisdicciones especializadas: en materia administrativa, coactiva, tributaria, fiscal, conforme a la Disposición Transitoria Décima de la LOJ) y también de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos a través de sus autoridades naturales (jurisdicción indígena originaria campesina).

Ahora bien, bajo el principio de unidad de la función judicial previsto en el art. 179.I de la CPE, que estipula que «*La función judicial es única...*», todas las jurisdicciones previstas en la Constitución y la justicia constitucional (ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y los jueces y tribunales de garantías) tienen la misma autoridad para ejercer la función judicial, están sometidas a la Constitución y al bloque de constitucionalidad (art. 410.II de la CPE) y deben velar por el respeto a los derechos (art. 178 CPE). Esto, debido a que el modelo de justicia plural diseñado por la Constitución se articula y forma una unidad a partir de la posibilidad de que las resoluciones de las diferentes jurisdicciones sean revisadas por el Tribunal Constitucional, a través del control de constitucionalidad en sus tres ámbitos: *a) Control normativo*, que precautela la compatibilidad de las normas con la Constitución Política del Estado y el bloque de constitucionalidad; *b) Control tutelar*, que resguarda el respeto de los derechos y garantías reconocidas en la Constitución; y, *c) El control competencial*, sobre las competencias asignadas a los órganos del poder público, a las entidades territoriales autónomas y a las jurisdicciones.

En ese orden de ideas, siguiendo la normativa referida, corresponde señalar que el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia –sin pretender agotar todas las perspectivas de este derecho tan ampliamente concebido y desarrollado– contiene: 1) El acceso propiamente dicho a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de llegar a la pluralidad de jurisdicciones reconocidas por la Constitución, sin que existan obstáculos, elementos de exclusión, limitación, que dificulten el ejercicio de este derecho tanto por el Estado como por los particulares; 2) Lograr un pronunciamiento judicial proveniente de las autoridades judiciales formales o las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que solucione el conflicto o tutele el derecho, siempre que se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la norma; y, 3) Lograr que la Resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se restablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho.

460

Entonces, si el reconocimiento del derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia, supone una concreción del Estado constitucional de derecho, como instrumento para promover que la solución de conflictos se realice a través de la jurisdicción (sin desconocer otros medios alternativos de solución de conflictos reconocidos por el orden constitucional y legal, como son: la conciliación, la mediación, el arbitraje, entre otros), para evitar la justicia por mano propia, su exclusión, supone que el primer derecho fundamental común vulnerado en acciones vinculadas a medidas o vías de hecho, es precisamente el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia, que no es infrecuente acarree consigo la lesión a otros derechos conexos a partir de su supresión. En efecto, dada la interdependencia de los derechos fundamentales (art. 13.I de la CPE) dependerá de la conducta adoptada configurada como medida o vía de hecho para que a la par de la vulneración del derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia del afectado también se lesionen otros derechos fundamentales, que corresponderá evaluar en cada caso.

Por ejemplo en los supuestos de avasallamientos u ocupaciones por vías de hecho de predios urbanos o rurales privados cuando se denuncie afectación al derecho a la propiedad y este derecho sea demostrado por el peticionante de la tutela con el registro de propiedad en mérito del cual se genera el derecho de oponibilidad frente a terceros (SCP 0998/2012 de 5 de setiembre, entre otros casos); además de tutelarse el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia del afectado, por su exclusión arbitraria por particulares o el Estado producto de medidas o vías de hecho, también y a la par, se tutelaré el derecho a la propiedad. Y si su afectación recae además en la morada del afectado, también podrá ser objeto de tutela el derecho a la vivienda (art. 19.I de la CPE).

En otros supuestos de avasallamientos u ocupaciones por vías de hecho de predios urbanos o rurales privados cuando se denuncie pérdida o perturbación de la posesión dispuesta por autoridad judicial competente y este derecho sea demostrado por el peticionante de la tutela con la resolución judicial que no esté sometida a controversia judicial y, por lo tanto, sea incontrovertible, además de tutelarse el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia del afectado, por su exclusión arbitraria por particulares o el Estado producto de medidas o vías de hecho, también y a la par se tutelaré el derecho a la vivienda (art. 19.I de la CPE), cuando la afectación de la acción recaiga en la morada del afectado.

13.1.2. El rol de la justicia constitucional en el Estado constitucional de derecho, a través de la acción de amparo constitucional cuando se denuncian acciones vinculadas a medidas o vías de hecho

Conforme entendió la SCP 0998/2012, el rol de la justicia constitucional, frente a la denuncia de acciones vinculadas a medidas o vías de hecho, tiene dos finalidades esenciales:

- a) Evitar abusos contrarios al orden constitucional vigente; y, b) Evitar el ejercicio de la justicia por mano propia; en ese orden, a partir de

estas dos finalidades y dentro del alcance de los presupuestos de activación de la acción de amparo constitucional como mecanismo idóneo para la eficacia tanto vertical (*de los particulares frente al Estado*) como horizontal (de los particulares frente a otros particulares) derechos fundamentales, las vías de hecho se definen como el acto o los actos cometidos por particulares o funcionarios públicos, contrarios a los postulados del Estado constitucional de derecho por su realización al margen y en prescindencia absoluta de los mecanismos institucionales vigentes para una administración de justicia, afectando así derechos fundamentales reconocidos por el bloque de constitucionalidad, por lo que al ser actos ilegales graves que atentan contra los pilares propios del Estado constitucional de derecho, de acuerdo al mandato inserto en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la acción de amparo constitucional, es un medio idóneo para la tutela eficaz, pronta y oportuna de los derechos fundamentales lesionados como consecuencias de vías de hecho».

462

En ese orden, la sentencia constitucional plurinacional citada (SCP 0998/2012), desarrolló jurisprudencialmente las siguientes subreglas procesales de activación de amparo constitucional frente a acciones vinculadas a medidas de hecho, reafirmando algunas que ya estaban establecidas en nuestra tradición jurisprudencial, como la prescindencia o flexibilización del principio de subsidiariedad, las que sin embargo, a partir del principio de comprensión efectiva que manda el Código Procesal Constitucional (CPConst.) en su art. 3.8, en el desarrollo de la argumentación jurídica de las resoluciones constitucionales, se pasan a sistematizar de la siguiente forma:

a) Flexibilización al principio de subsidiariedad

Las acciones vinculadas a medidas o vías de hecho, constituyen una excepción a la aplicación del principio de subsidiariedad, por tanto, el control tutelar de constitucionalidad, a través de la acción de amparo, puede ser activado frente a estas circunstancias sin necesidad de agotar previamente otros mecanismos ordinarios de defensa. (SCP 0998/2012, fundamento jurídico III.3).

b) Flexibilización de las reglas de legitimación pasiva

Su consecuencia es que para personas no expresamente demandadas no opera la preclusión en la oportunidad para presentar la prueba o hacer valer sus derechos. Por regla general para la activación de la acción de amparo constitucional, el accionante deberá cumplir en primera instancia con la identificación de los particulares o autoridades demandadas (art. 77.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y el art. 33.2 del Código de Procedimientos Constitucionales); sin embargo, tratándose de peticiones de tutela vinculadas con medidas o vías de hecho, la parte accionante deberá cumplir con esta exigencia; sin embargo, de manera excepcional y siempre y cuando no sea posible, por las circunstancias particulares del caso, la identificación de las personas demandadas, se deberán flexibilizar las reglas de la legitimación pasiva. (SCP 0998/2012, fundamento jurídico III.5).

Ahora bien, en ese supuesto (cuando el peticionante de la tutela no haya podido identificar expresamente a todos los demandados o a los terceros interesados) en resguardo del derecho a la defensa de estos, no se les aplica el principio de preclusión procesal para la presentación ulterior a la audiencia pública de medios de defensa, por lo mismo, en cualquier etapa del proceso de amparo, incluso en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, podrán hacer valer sus derechos, debiendo en estos casos ser oídos de manera amplia y admitidos sus medios probatorios en cualquier instancia procesal. SCP 0998/2012, fundamento jurídico III.5.

463

c) Carga de la prueba debe ser cumplida por el peticionante de tutela

c.1) Regla general

La carga probatoria a ser realizada por el peticionante de tutela, debe: i) Acreditar de manera objetiva la existencia de actos o medidas, asumidas sin causa jurídica, es decir en prescindencia absoluta de los

mecanismos institucionales establecidos para la definición de hechos o derechos; y, ii) Estar circunscrita a aspectos que no impliquen la existencia de hechos controvertidos a ser sustanciados por la jurisdicción ordinaria. (SCP 0998/2012, fundamento jurídico III.4).

c.2) Especificidades de la carga de la prueba en caso de avasallamientos cuando se denuncia afectación al derecho a la propiedad

Para los supuestos de avasallamientos u ocupaciones por vías de hecho de predios urbanos o rurales privados o públicos cuando se denuncie afectación al derecho a la propiedad, es decir, que constituya una limitación arbitraria a la propiedad, la parte accionante, al margen de la carga probatoria desarrollada en el inciso c) referido a la regla general, tiene la carga probatoria específica de acreditar su titularidad o dominialidad del bien en relación al cual se ejerció vías de hecho, aspecto demostrado con el registro de propiedad en mérito del cual se genera el derecho de oponibilidad frente a terceros, es decir, no puede exigirse al peticionante de tutela ninguna otra carga procesal adicional. (SCP 0998/2012, fundamento jurídico III.4.1).

464

c.3) Especificidades de la carga de la prueba en caso de avasallamientos cuando se denuncia pérdida o perturbación de la posesión

Para los supuestos de avasallamientos u ocupaciones por vías de hecho de predios urbanos o rurales privados o públicos cuando se denuncie pérdida o perturbación de la posesión, la parte accionante, al margen de la carga probatoria desarrollada en el inciso c), referido a la regla general, tiene la carga probatoria específica de acreditar su posesión legal del bien en relación al cual se ejerció vías de hecho, a través de una resolución judicial emitida por autoridad competente, que no esté sometida a controversia judicial.

Segunda parte: configuración procesal de amparo constitucional

14. El control tutelar de constitucionalidad y el resguardo a derechos fundamentales¹⁶

El Estado Plurinacional de Bolivia, refundado a partir de la Constitución Política del Estado de 2009, por mandato del art. 1, se consolida como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional, el cual en una interpretación sistémica con el art. 410 de la misma Norma Suprema, se encuentra sometido al bloque de constitucionalidad, concepción a partir de la cual, se concibe la vigencia del Estado Constitucional de derecho, aptitud cuyo resguardo se encuentra encomendado por la función constituyente al control plural de constitucionalidad en su brazo tutelar, el cual en última instancia, recae en el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En efecto, el Estado constitucional de derecho, sustenta entre sus pilares esenciales el respeto a los derechos fundamentales, los cuales, en esta nueva concepción, tal cual manda los arts. 109.1, concordante con el 13.III ambos de la CPE, son iguales en jerarquía y además directamente aplicables y justiciables.

465

En este orden, un mecanismo de directa justiciabilidad de derechos fundamentales ubicado en el ámbito de control tutelar de constitucionalidad, es la acción de amparo constitucional disciplinada por los arts. 128 y 129 de la CPE imperante.

En el contexto descrito, *la Acción de Amparo Constitucional se configura como una verdadera garantía jurisdiccional destinada a través de procedimientos rápidos y oportunos, a resguardar derechos fundamentales expresos o inferidos del bloque de constitucionalidad, cuya vigencia debe ser*

¹⁶ Este acápite y los siguientes, corresponden a los fundamentos jurídicos expuestos en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0030/2013, de 4 de enero de de 2013 (Sentencia Interpretativa), que desarrolla los alcances de los requisitos de forma para la presentación de la Acción de Amparo Constitucional, y las causales de improcedencia reglada previstas en el Código Procesal Constitucional.

asegurada en el Estado constitucional de derecho, por esto, a la luz de su naturaleza jurídica, se colige que dentro del núcleo duro o contenido esencial de esta garantía jurisdiccional se encuentra la tutela de todos los derechos fundamentales con excepción de aquellos que encuentren resguardo en mecanismos específicos de defensa.

Por lo señalado, este mecanismo tutelar, de acuerdo al diseño constitucional imperante, procederá contra todo acto u omisión ilegal o indebido de servidores públicos o de persona individual o colectiva que restrinja, suprima o amenace restringir o suprimir derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado y la ley.

A la luz del objeto y causa de la presente acción de tutela y con la finalidad de establecer una coherente argumentación jurídica, es imperante establecer que la acción de amparo constitucional es un medio eficaz para asegurar el respeto a derechos fundamentales no tutelados por otros mecanismos de defensa, siendo un mecanismo idóneo para la oponibilidad de derechos no solamente vertical sino también horizontal. En el marco de lo señalado, debe además indicarse que la acción de amparo constitucional, está configurada como un verdadero mecanismo idóneo, oportuno y eficaz para la tutela de derechos fundamentales, cuando su protección no se encuentre dentro del ámbito de aplicación de otros mecanismos de defensa o cuando pueda ser tutelada por otros mecanismos idóneos de defensa a los derechos fundamentales.

De acuerdo al postulado precedentemente citado, debe precisarse además que el Estado Plurinacional de Bolivia, en su diseño y postulados, responde a la ingeniería propia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya construcción dogmática e institucional, fue realizada en el marco de los alcances y preceptos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en ese orden, este instrumento supranacional inserto en el bloque de constitucionalidad boliviano, en su artículo 25.1, establece: «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 [...]».

A partir de este mandato, se establece que la acción de amparo constitucional, disciplinada de manera específica en los arts. 128 y 129 de la CPE, en su diseño constitucional, responde de manera directa al mandato del art. 25 de la Convención mencionada, siendo que su contenido esencial está estructurado sobre la base de los principios de *sumariedad* e *inmediatez*, a partir de los cuales se consagra la vigencia en este nuevo modelo de Estado, de un mecanismo de tutela pronto y oportuno, para el resguardo de derechos fundamentales frente a actos u omisiones lesivas a estos provocadas por servidores públicos o particulares.

En armonía con lo expuesto, debe señalarse que *la acción de amparo constitucional, en su dimensión procesal, es un verdadero proceso de naturaleza constitucional al cual le son aplicables presupuestos propios de teoría procesal general, siempre en el marco de la naturaleza jurídica de este mecanismo oportuno y pronto de tutela de derechos fundamentales y de acuerdo a los postulados propios del derecho procesal constitucional, cuyos postulados procedimentales rigen el ejercicio de la justicia constitucional.*

467

En efecto, precisamente a la luz de la dimensión procesal de la acción de amparo constitucional, en el marco de presupuestos aportados por la doctrina del derecho procesal constitucional, en el marco del principio de interpretación «*de y conforme a la Constitución*» y de acuerdo a pautas hermenéuticas específicas como ser el criterio exegético y teleológico de interpretación, infra, se desarrollará las fases procesales de la acción de amparo constitucional en el marco de la normativa procesal constitucional imperante.

15. Las fases procesales de la acción de amparo constitucional

En el marco de los postulados del Estado constitucional de derecho, debe especificarse que la acción de amparo constitucional, en su dimensión procesal, se divide en las siguientes fases específicas:

- a) La fase de admisibilidad;
- b) La fase de debate, es decir, del desarrollo de la audiencia pública (de acuerdo a lo previsto por el art. 36 del CPConst.);
- c) La fase de decisión por parte del Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales (de acuerdo a lo previsto por los arts. 37 y 40 del CPConst.); y,
- d) La fase de revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional (de acuerdo con el art. 38 del CPConst.).

En efecto, en la *fase de admisibilidad* a ser sustanciada ante los Jueces y Tribunales de garantías, deben examinarse los llamados requisitos habilitantes para la activación del control tutelar de constitucionalidad a través de la acción de amparo constitucional; en ese orden, dichos requisitos se encuentran específicamente disciplinados en los arts. 33 (requisitos de forma) y 53 (causales de improcedencia) del CPConst.

468

15.1. Requisitos de forma. Determinación de su carácter subsanable y delimitación de los efectos procesales frente a su incumplimiento

A la luz de la normativa procesal constitucional imperante, los requisitos de forma, se encuentran específicamente regulados en el art. 33 del CPConst., los cuales, por la finalidad de cada supuesto disciplinado en la citada disposición y para asegurar una coherente pedagogía constitucional se clasifican en *requisitos formales esenciales* y aquellos *presupuestos eventuales*.

En el marco de lo mencionado, debe establecerse que los *requisitos de forma esenciales*, versan sobre los siguientes aspectos: 1) Identificación del accionante y acreditación de su personería (art. 33.1 del CPConst.); 2) Identificación de la parte demandada (art. 33.2 del CPConst.); 3) el patrocinio de abogado y en su caso la solicitud de defensor público (art. 33.3 del CPConst.); 4) relación de los hechos (art. 33.4 del CPConst.); 5) identificación de los derechos o garantías

que se consideren vulnerados (art. 33.5 del CPConst.); 6) los medios probatorios pertinentes que se encuentren en poder del accionante o el señalamiento de lugar donde se encuentren (art. 33.7 del CPConst.); y, 7) la petición (art. 33.8 del CPConst.).

Por su parte, los *presupuestos eventuales*, son aquellos disciplinados expresamente por la última parte del numeral primero del art. 33 del CPConst. y por el num. 6 de la misma disposición normativa.

En efecto, la última parte del art. 33.1 del CPConst., indica: «En el caso de terceras personas que tengan interés legítimo, deberán acreditar el interés alegado», en ese orden, debe establecerse que este es un requisito de forma eventual, para todos aquellos supuestos en los cuales exista un tercero interesado, situación en la cual, el accionante tiene la carga procesal de acreditar el interés legítimo de este.

Asimismo, otro requisito eventual disciplinado por el art. 33.6 del CPConst., es el referente a la solicitud de medidas cautelares, la cual, en una interpretación sistémica debe ser aplicada en el marco del art. 34 de la norma adjetiva constitucional antes citada, en mérito a una petición expresa de parte.

469

Ahora bien, los requisitos esenciales de forma y también los presupuestos eventuales antes citados, aseguran que la acción de amparo constitucional se desarrolle en el marco de las reglas de un debido proceso, razón por la cual, *los supuestos disciplinados por el art. 33 del CPConst., se caracterizan por ser subsanables.*

En el marco de lo señalado, se tiene que los requisitos antes precisados, deben ser observados por los jueces y tribunales de garantías en etapa de admisibilidad; en este contexto, para asegurar un equilibrio procesal y un real acceso a la justicia constitucional, se colige que *la inobservancia de requisitos de forma* disciplinados en el art. 33 del CPConst., *puede ser subsanada en esta etapa por la parte accionante en el plazo de tres días*, así lo establece el art. 30.I.1 del Código referido.

Por lo expuesto, *en caso de no ser subsanado en el plazo antes indicado algún requisito de forma observado, la acción se tendrá por no presentada*, así lo establece el art. 30.I.1 del CPConst., supuesto en el cual, al no haberse ingresado al análisis de fondo de la problemática, *la parte accionante podrá presentar una nueva acción*, cumpliendo con los requisitos de forma regulados por el art. 33 del CPConst. y *siempre y cuando no concurran requisitos de improcedencia reglada* disciplinados por el art. 53 de la norma procesal constitucional antes citada, interpretación que asegura un real acceso efectivo a la justicia constitucional, como pilar esencial del Estado constitucional de derecho.

15.2. Causales de improcedencia reglada. Delimitación de los efectos procesales frente a su incumplimiento

El Código Procesal Constitucional, en su art. 53, para la acción de amparo constitucional, plasma las causales de improcedencia que se encuentran regladas de manera específica en los cinco numerales de la disposición antes referida.

470

Por lo señalado, en el marco de una coherente pedagogía constitucional a ser realizada a partir de la vigencia del CPConst., corresponde desarrollar de manera particular las causales de improcedencia reglada disciplinadas en el art. 53 de la citada norma procesal constitucional, las cuales son las siguientes:

i) Mecanismos activados con anterioridad y pendientes de resolución

En armonía con un eficaz y coherente sistema tutelar de control de constitucionalidad, no puede activarse paralelamente mecanismos de defensa de derechos, por esta razón, una vez utilizado un mecanismo procesal o procedimental idóneo de defensa para la restitución efectiva de derechos y estando pendiente su resolución, será improcedente la interposición de la acción de amparo constitucional, así lo establece el art. 53.1 del CPConst., por tal razón, los jueces o tribunales de garan-

tías en etapa de admisibilidad, tienen el deber procesal de verificar la inexistencia de medios de defensa pendientes de definición.

En el marco de lo indicado, el juez o tribunal de garantías, en caso de verificar en etapa de la acción de amparo constitucional la existencia del supuesto antes desarrollado, mediante auto debidamente fundamentado, declarará la improcedencia de la acción, tal cual lo establece expresamente el art. 30.I.2 del CPConst.

De acuerdo a lo señalado, es imperante precisar que el auto motivado de improcedencia, en resguardo de la garantía de la doble instancia, podrá ser objeto de impugnación en el plazo de tres días, para que la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, por auto constitucional motivado la confirme o en su caso, ordene la admisión de la causa para su ulterior tramitación, tal como lo señala el art. 30.I.3 del CPConst.

Asimismo, corresponde precisar que en caso de no impugnarse el auto motivado de improcedencia pronunciado en etapa de admisibilidad por el juez o tribunal de garantías, se ordenará el archivo de obrados.

471

ii) Mecanismos de defensa no activados oportunamente

La reforma constitucional de 2009, diseña un modelo de Estado, el cual, sustenta y legitima el ejercicio del poder, a través de la asunción de la teoría contemporánea de la «fractura del poder», en virtud de la cual, la norma suprema en su parte orgánica –que en sus bases ontológicas responde a la parte dogmática de la Constitución–, distribuye competencias específicas para el ejercicio del poder entre los cuatro órganos diseñados, por tal razón, la Asamblea Legislativa Plurinacional, ejerce roles legislativos; el Órgano Ejecutivo, ejerce roles reglamentarios, de administración y ejecución; el Órgano Judicial ejerce roles jurisdiccionales propios de administración de justicia y el Órgano Electoral, ejerce atribuciones de índole electoral propias del sistema democrático imperante.

En el marco de esta división orgánica de funciones, debe señalarse que el ejercicio de cada una de las mismas, contempla mecanismos *intra procesales* o *intra procedimentales* de defensa de derechos; en ese orden, la justicia constitucional, no puede suplir los roles encomendados por la función constituyente a sus órganos de poder expresamente reconocidos por la Constitución, por lo que todas las personas naturales o jurídicas que consideren afectados sus derechos, antes de activar el control tutelar de constitucionalidad a través de la acción de amparo constitucional, deberán utilizar en el marco de los plazos procesales establecidos por la normativa imperante, los mecanismos *intra procesales* o *procedimentales* de defensa.

Por lo indicado, el Código Procesal Constitucional, en su art. 53.3, señala que la acción de amparo constitucional, no procederá contra resoluciones judiciales o administrativas que pudieran ser modificadas o suprimidas por cualquier otro recurso del cual no se haya hecho uso oportuno.

472

En el marco de lo mencionado, el juez o tribunal de garantías, en caso de verificar en etapa de la acción de amparo constitucional la existencia del supuesto antes desarrollado, mediante auto debidamente fundamentado, declarará la improcedencia de la acción, tal cual lo establece expresamente el art. 30.I.2 del CPConst.

De acuerdo a lo señalado, es imperante precisar que el auto motivado de improcedencia, en resguardo de la garantía de la doble instancia, podrá ser objeto de impugnación en el plazo de tres días, para que la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, por auto constitucional motivado la confirme o en su caso, ordene la admisión de la causa para su ulterior tramitación, tal como lo señala el art. 30.I.3 del CPConst.

Asimismo, corresponde indicar que en caso de no impugnarse el auto motivado de improcedencia pronunciado en etapa de admisibilidad por el juez o tribunal de garantías, se ordenará el archivo de obrados.

iii) Mecanismos de defensa pendientes intra procesales o intra procedimentales pendientes de activación

Siguiendo el mismo razonamiento desarrollado en el inciso precedente, debe establecerse que al no poder la justicia constitucional suplir los roles propios de los órganos de poder reconocidos por la función constituyente, no podrá activarse la acción de amparo constitucional sin que previamente se haga uso de los mecanismos de defensa intra procesales o intra procedimentales, cuando estos sean medios oportunos para la protección de derechos¹⁷.

Este supuesto de improcedencia de la acción de amparo constitucional, está regulado en el art. 54.I del CPCConst., y constituye un presupuesto diferente a los regulados por el art. 53.1 y 53.3, explicados de manera específica en los incisos anteriores.

En el marco de lo mencionado, debe establecerse que el juez o tribunal de garantías, en caso de verificar en etapa de admisibilidad de la acción de amparo constitucional la existencia de la causal de improcedencia desarrollada, mediante auto debidamente fundamentado, declarará la improcedencia de la acción, tal cual lo establece expresamente el art. 30.I.2 del CPCConst.

473

De acuerdo a lo señalado, es imperante precisar que el auto motivado de improcedencia, en resguardo de la garantía de la doble instancia, podrá ser objeto de impugnación en el plazo de tres días, para que la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional,

¹⁷ Sin embargo, la norma procesal constitucional ha previsto dos cuestiones en las que la regla de la subsidiariedad -que exige el agotamiento de los *medios intra procesales de defensa* previstos en el ordenamiento jurídico, a través de la denuncia respectiva a la autoridad que emitió el acto que vulneró los derechos fundamentales o garantías constitucionales del agraviado y en su caso, ante la instancia superior si fuera factible- puede ser excepcionalmente obviada, previa justificación fundada, cuando se advierta que: «1. *La protección puede resultar tardía*. 2. *Exista la inminencia de un daño irremediable e irreparable a producirse de no otorgarse la tutela*» (art. 54.II CPCConst).

por auto constitucional debidamente fundamentado la confirme o en su caso, ordene la admisión de la causa para su ulterior tramitación, tal como lo señala el art. 30.I.3 del CPConst.

Asimismo, corresponde syndicar que en caso de no impugnarse el auto motivado de improcedencia pronunciado en etapa de admisibilidad por el juez o tribunal de garantías, se ordenará el archivo de obrados.

iv) Actos consentidos libre y expresamente

El consentimiento libre y taxativo de actos denunciados como lesivos a través de la acción de amparo constitucional, debe ser analizado por los jueces y tribunales de garantías en etapa de admisibilidad, a cuyo efecto, en caso de verificarse la existencia de este supuesto, deberá declararse la improcedencia de la acción de amparo constitucional, tal como lo señala el art. 53.2 del CPConst¹⁸.

¹⁸ Respecto a los actos libre y expresamente consentidos como causal de improcedencia de la acción de amparo constitucional, el TCP se ha pronunciado en uniforme jurisprudencia, señalando que dicho supuesto fáctico constituye causal de improcedencia; así, la SCP 1968/2013 de 4 de noviembre, estableció: «El Código Procesal Constitucional, en su art. 53.2, señala que la acción de amparo constitucional, no procederá: Contra actos consentidos libre y expresamente [...]. Al respecto, la SCP 0689/2012 de 2 de agosto, establece: la jurisprudencia constitucional entendió que los actos o comportamientos del titular del derecho o garantía fundamental que denotan una inequívoca aceptación o consentimiento voluntario y expreso, respecto de aceptar, consentir la amenaza, restricción o supresión de estos, ante la autoridad o particular que presuntamente los habría vulnerado o ante cualquier otra instancia, configuran una causal de improcedencia e impedimento para que la jurisdicción constitucional ingrese al fondo de la problemática planteada (SC 1667/2004-R de 14 de octubre)». Asimismo, la SCP 0454/2013 de 9 de abril, refirió: «[...]la SC 1642/2011-R citando a su vez a las SSCC 0366/2011-R y 0254/2006-R estableció que por acto consentido se entenderá: [...] cualquier acto o acción que el titular del derecho fundamental realice ante la autoridad o particular que supuestamente lesionó el mismo, como también ante otra instancia, dejando advertir o establecer claramente que acepta o consiente de manera voluntaria y expresa la amenaza, restricción o supresión a sus derechos y garantías fundamentales [...]. En el mismo sentido la SC 0254/2006-R de 22 de marzo, dejó establecido que: [...] para declarar la improcedencia de un recurso de amparo constitucional por esa causal, no es suficiente una actuación implícita, dado que el consentimiento expreso importa un acto positivo, concreto, libre e inequívoco, vinculado

En el orden de ideas mencionado, el auto motivado de improcedencia, en resguardo de la garantía de la doble instancia, podrá ser objeto de impugnación en el plazo de tres días, para que la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante auto constitucional motivado la confirme o en su caso, ordene la admisión de la causa para su ulterior tramitación, tal como lo indica el art. 30.I.3 del CPConst.

Asimismo, corresponde señalar que en caso de no impugnarse el auto motivado de improcedencia pronunciado en etapa de admisibilidad por el juez o tribunal de garantías, se ordenará el archivo de obrados.

v) Cesación de los efectos del acto u omisión reclamados a través de la acción de amparo constitucional

La cesación de los efectos del acto u omisión denunciados como lesivos a los derechos de la parte accionante, también debe ser analizado por los jueces y tribunales de garantías en etapa de admisibilidad, a cuyo efecto, en caso de verificarse la existencia de este supuesto hasta antes de la notificación a la parte demandada con la acción de amparo constitucional y en caso de ser conocida la cesación de los efectos del acto denunciado como lesivo por la parte accionante hasta antes de la notificación con la acción de amparo constitucional a la parte contraria,

de manera directa a la actuación ilegal impugnada; en otras palabras, la manifestación de la voluntad debe demostrar, de manera indubitable, el consentimiento a la amenaza o lesión a algún derecho fundamental [...]. En ese contexto, no se activa la protección que brinda el amparo constitucional cuando el titular de un derecho, a tiempo de ser agraviado en sus derechos o garantías constitucionales, consiente de forma libre y expresa el acto constitutivo de la lesión de sus derechos, a cuyo efecto conforme señaló la jurisprudencia anotada, debe entenderse objetivamente, como cualquier acto o acción que el titular del derecho fundamental realice ante la autoridad o particular, que supuestamente lesionó el mismo, como también ante otra instancia, dejando advertir o establecer claramente, que acepta o consiente de manera voluntaria y expresa la amenaza, la restricción o la supresión a sus derechos y garantías fundamentales» (Sentencia Constitucional Plurinacional 1005/2015-S1, de 26 de octubre).

deberá declararse la improcedencia de la acción de amparo constitucional, tal como lo señala el art. 53.2 del CPConst.¹⁹

En el orden de ideas señalado, el auto motivado de improcedencia, en resguardo de la garantía de la doble instancia, podrá ser obje-

¹⁹ Corresponde en principio, revisar el mandato contenido en el art. 53.2 del Código Procesal Constitucional (CPConst.), referido a la improcedencia de la acción de amparo constitucional: «...cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado», lo que equivale a decir, cuando se denuncian actos ilegales u omisiones indebidas; y estos cesan con anterioridad a la celebración de la audiencia del recurso, sin mayor análisis se deberá negar la tutela por la cesación de la causa que la motivó, dado que ello implica la desaparición del objeto del recurso. Al respecto, el Tribunal Constitucional, a través de la SC 0998/2003-R de 15 de julio, estableció que: «[...] la cesación del acto ilegal en el sentido del citado precepto, radica básicamente en el hecho de que la resolución o acto de la autoridad o particular denunciado de ilegal, por su voluntad o por mandato de otra autoridad superior, hubiere quedado sin efecto antes de la notificación con el amparo al que hubiere dado lugar, vale decir, que si bien se produjo la lesión, esta se reparó de motu proprio del legitimado pasivo» (Línea jurisprudencial reiterada en la SC 0339/2011-R, de 7 de abril). Complementando la jurisprudencia glosada, la SC 1314/2004-R de 17 de agosto, señaló lo siguiente: «...para la existencia de cesación de los actos denunciados de ilegales, estos deben quedar sin efecto antes de la notificación con el amparo, cabe hacer notar que el sentido de la norma refleja la necesidad de que esos actos tengan la efectividad que tuvieron los actos denunciados, de tal forma que restituyan la situación fáctica al estado en que se encontraba antes de los actos ilegales, haciendo por ello innecesaria la intervención de la jurisdicción constitucional y de la tutela solicitada; ello importa que siendo actos de *motu proprio* el legitimado pasivo está obligado a la utilización de todos los medios materiales necesarios a su alcance por sí o por otras personas, para informar al interesado de que los actos agresivos a sus derechos quedaron sin efecto, ya que es su voluntad y acciones para solucionar el conflicto lo que motiva la improcedencia del recurso, caso contrario, de ser insuficientes las acciones asumidas para la restitución de los derechos vulnerados sin que se haya favorecido efectivamente al perjudicado, es también responsabilidad suya, por lo que en ese caso no opera la causal de improcedencia del recurso». Siguiendo ese entendimiento, también se pronunciaron en ese sentido las SSCC 1359/2010-R, 1376/2010-R, 1491/2010-R, entre otras. De lo manifestado, se concluye que la protección que brinda la presente acción tutelar no se activa cuando los efectos de la resolución o acto impugnado hubieren cesado, por lo tanto, cuando el acto hubiere quedado revocado o anulado, el amparo debe ser denegado; porque se supone que el acto lesivo de los derechos y garantías de las personas ha desaparecido (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0036/2014, de 3 de enero).

to de impugnación en el plazo de tres días, para que la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante auto constitucional motivado la confirme o en su caso, ordene la admisión de la causa para su ulterior tramitación, tal como lo señala el art. 30.I.3 del CPConst.

Asimismo, corresponde indicar que en caso de no impugnarse el auto motivado de improcedencia pronunciado en etapa de admisibilidad por el juez o tribunal de garantías, se ordenará el archivo de obrados.

vi) Medios específicos de defensa de derechos fundamentales

El diseño constitucional imperante, disciplina mecanismos específicos de defensa de derechos fundamentales, cada uno con un objeto de tutela específico, en ese orden, toda vez que la función constituyente, no quiso disciplinar mecanismos paralelos de tutela constitucional, se establece que la acción de amparo constitucional es improcedente para la tutela de derechos específicamente protegidos por las acciones de libertad, de protección de privacidad, de cumplimiento o la acción popular, así lo establecen los numerales cuatro y cinco del art. 53 del CPConst.

477

vii) El plazo de caducidad de la acción de amparo constitucional

Finalmente, debe establecerse además que la acción de amparo constitucional, al configurarse como un mecanismo pronto y oportuno de tutela, tiene un plazo de caducidad de seis meses, computables a partir del momento en el cual surten efectos jurídicos el acto u omisión denunciados como lesivos a los derechos de la parte accionante; en ese orden, el art. 55 del CPConst., en sus dos numerales, disciplina este presupuesto de activación de la acción de amparo constitucional, debiendo el mismo ser verificado por los jueces o tribunal de garantías en etapa de admisibilidad.

En el orden de ideas señalado, el auto motivado de improcedencia, en resguardo de la garantía de la doble instancia, podrá ser objeto de impugnación en el plazo de tres días, para que la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante auto constitucional fundamentado la confirme o en su caso, ordene la admisión de la causa para su ulterior tramitación, tal como lo indica el art. 30.I.3 del CPConst. Asimismo, corresponde mencionar que en caso de no impugnarse el auto motivado de improcedencia pronunciado en etapa de admisibilidad por el juez o tribunal de garantías, se ordenará el archivo de obrados.

16. La duda razonable para la aplicación del *principio pro actione* en la etapa de admisibilidad

478

En principio, es preciso establecer que la Constitución aprobada mediante referendo constitucional de 2009, no solamente constituye un verdadero modelo constitucional a la luz de derecho comparado, sino además consagra la vigencia de un nuevo modelo de Estado, corolario de una superación en todas sus facetas del Estado liberal de derecho.

En ese orden, la sociedad boliviana se caracteriza no solo por su heterogeneidad, sino fundamentalmente por su carácter plural; por tal razón, es de neurálgica importancia destacar que el pluralismo constituye el elemento fundante del Estado, en ese entendido, debe precisarse además que una característica esencial del modelo constitucional está dada por el valor axiomático y dogmático-garantista de la Constitución, aspectos en virtud de los cuales, el fenómeno de constitucionalización debe efectuarse en la vida social, por lo que los valores supremos como ser la igualdad y la justicia, como elementos del contenido esencial de todos los derechos fundamentales, deben impregnar de contenido y límite a todos los actos de la vida social.

En efecto, el valor axiomático y dogmático-garantista de la nueva Constitución, constituye precisamente el fundamento esencial para la

aplicación de los presupuestos procesales aplicables a las acciones tutelares en general y a la acción de amparo constitucional en particular, los cuales estarán siempre guiados por valores esenciales y supremos como ser la justicia.

En este contexto, en el nuevo orden constitucional, la constitucionalización del valor axiomático y dogmático-garantista del nuevo modelo constitucional, encuentra génesis directa en la parte dogmática de esta, en particular, en el art. 109.1 que consagra el principio de aplicación directa de la Constitución.

En efecto, el principio de aplicación directa de la Constitución, obliga al contralor de constitucionalidad a materializar el fenómeno de irradiación de esta Constitución axiomática y dogmático-garantista, por tanto, *el ejercicio del control de constitucionalidad aún en etapa de admisibilidad, debe asegurar la materialización de las directrices axiomáticas del modelo constitucional imperante.*

479

En el marco de lo señalado, cabe precisar que el valor justicia constituye un estándar axiomático y presupuesto para el ejercicio del control tutelar de constitucionalidad destinado a asegurar la eficacia de los derechos fundamentales, con génesis directa en el valor supremo del Estado, que es el «vivir bien», valor inserto en el preámbulo de la Constitución, a partir del cual deben ser entendidos los valores ético-morales de la sociedad plural, plasmados en los dos párrafos del artículo 8 de la Constitución.

Por lo mencionado, se establece que las bases y postulados del Estado constitucional de derecho, constituyen el elemento legitimizador y directriz del ejercicio del control de constitucionalidad, por esta razón, no puede consentirse actos que impliquen una manifiesta y «grosera» violación a derechos fundamentales, por ser estos contrarios al pilar estructural del Estado Plurinacional de Bolivia, por tanto, cuando en etapa de admisibilidad, se genere una duda razonable sobre una lesión manifiesta y «grosera» a derechos fundamentales que en un análisis de

fondo de la problemática, podría implicar la aplicación del principio de justicia material a la luz de la pauta de interpretación denominada *pro actione*, la causa deberá ser admitida en mérito a la duda razonable para la aplicación del principio *pro actione*, en resguardo de la materialización de los valores justicia e igualdad.

En el marco de lo señalado, la decisión de admisión por el supuesto antes señalado, responde a los postulados propios del Estado constitucional de derecho, máxime cuando el *principio pro actione* se configura como una pauta esencial no solo para la interpretación de derechos fundamentales, sino también como una directriz esencial para el ejercicio del control de constitucional y la consolidación del mandato inserto en la cláusula estructural del Estado plasmada en el art. 1 de la CPE, cuya aplicación no vulnera el principio de igualdad formal, sino por el contrario está destinada a consolidar la igualdad material y por ende la justicia material.

480

En efecto, el *principio pro actione*, asegura que a través de la metodología de la *ponderación*, para casos concretos en los cuales exista una manifiesta y grosera vulneración a derechos fundamentales, el contralor de constitucionalidad, en ejercicio del mandato inserto en el art. 196.I de la CPE, debe hacer prevalecer la *justicia material* a cuyo efecto, su labor hermenéutica de ponderación, generará la flexibilización a ritualismos extremos para que en casos graves se repare un derecho manifiesta y groseramente vulnerado, así, el rol del control de constitucionalidad, en virtud del cual, la justicia formal ceda frente a la justicia material, consolida el fenómeno de constitucionalización de un régimen constitucional axiomático, en el cual todos los actos de la vida social se impregnan de contenido no solamente de normas supremas positivas, sino también de valores supremos y rectores del orden jurídico imperante como ser la justicia e igualdad.

En virtud a lo señalado, cuando en un caso concreto, exista una duda razonable sobre una lesión manifiesta y «grosera» a derechos fun-

damentales, en etapa de admisibilidad y en aplicación de los postulados del Estado constitucional de derecho, deben flexibilizarse presupuestos procesales para que en un análisis de fondo de la denuncia, el control de constitucionalidad, mediante la metodología de la ponderación aplicable al caso concreto, pueda en esa problemática, asegurar una justicia material, admisión cuyo sustento constitucional se encuentra en los arts. 13.1 y 4; 256 de la CPE y 29 del Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposiciones que constituyen la fuente normativa para la aplicación del principio *pro actione*.

El criterio antes desarrollado ya fue asumido por el Auto Constitucional 0029/2012-RCA-SL, emitido el 17 de agosto, siendo necesario su reconocimiento expreso a través de la presente sentencia constitucional.

17. Los deberes procesales de los jueces y tribunales de garantías de verificación de requisitos de forma y causales de improcedencia reglada en etapa de admisibilidad

481

De acuerdo con lo indicado en los fundamentos jurídicos III.2 y III.3 de la presente Sentencia Constitucional, se establece que en el marco de la teleología procesal de la acción de amparo constitucional, para garantizar así un mecanismo tutelar eficaz y oportuno para el resguardo de derechos, los jueces y tribunales de garantías, tienen el deber procesal inexcusable de verificar la existencia de los requisitos de forma y las causales de improcedencia reglada en la etapa de admisibilidad.

En el marco de lo señalado, la finalidad de la observación de requisitos de forma en etapa de admisibilidad, es asegurar un acceso oportuno a la justicia constitucional, ya que al ser estas exigencias procesales subsanables, podrán ser cumplidas por la parte accionante sin necesidad de que la causa sea conocida en revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en ese contexto, el incumplimiento de la

verificación de requisitos de forma en etapa de admisibilidad y su observación en resolución o en etapa de revisión, tornará al amparo constitucional ineficaz, ya que si bien la parte accionante podrá interponer una nueva acción subsanando las observaciones de forma realizadas, la nueva activación del control tutelar de constitucionalidad solamente podrá ser posible cuando se emita sentencia constitucional, aspecto contrario a la naturaleza pronta y oportuna de la acción de amparo constitucional.

Por lo expuesto, para garantizar la eficacia de este mecanismo tutelar de control de constitucionalidad, es imperante que los jueces y tribunales de garantías observen los requisitos de forma en etapa de admisibilidad. Asimismo, en el supuesto en el cual se evidencie alguna de las causales de improcedencia reglada desarrollada en el fundamento jurídico III.2.2 de la presente sentencia constitucional plurinacional, estas también deberán ser observadas en etapa de admisibilidad, para evitar así activar innecesariamente el control tutelar de constitucionalidad, deber procesal que debe ser cumplido por todos los jueces y tribunales de garantías del país.

482

Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, cuando en un caso concreto, exista una duda razonable sobre una lesión manifiesta y «grosera» a derechos fundamentales, en etapa de admisibilidad y en aplicación de los postulados del Estado constitucional de derecho, deben flexibilizarse presupuestos procesales para que en un análisis de fondo de la denuncia, el control de constitucionalidad, mediante la metodología de la ponderación aplicable al caso concreto, pueda en esa problemática, asegurar una justicia material, debiendo en este caso admitirse la tutela en virtud de los artículos 13.1 y 4; 256 de la Constitución Política del Estado y 29 del Pacto de San José de Costa Rica, disposiciones que constituyen la fuente normativa para la aplicación del principio *pro actione*.

18. La técnica de la *reconducción procesal* por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional. Desarrollo jurisprudencial²⁰

18.1. Los principios de eficacia de los derechos fundamentales, prevalencia del derecho sustantivo sobre el adjetivo, favorabilidad, justicia material, *pro actione* y *iura novit curia*²¹

Para comprender los fundamentos de la reconducción procesal por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional, es esencial citar el razonamiento asumido por la SCP 0139/2012 de 4 de mayo, que al referirse a la protección de los derechos fundamentales en general y la justicia material, y su prevalencia respecto a la justicia formal para casos de manifiestas vulneraciones a derechos fundamentales, expresó:

La Constitución Política del Estado, como norma suprema del ordenamiento, señala que Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, y define como uno de los fines esenciales del Estado, el garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados por ella. La vo-

483

²⁰ Cabe señalar que esta figura es admisible en la jurisprudencia constitucional comparada; tal es el caso del Tribunal Constitucional de Perú, que establece la «conversión» de una acción de cumplimiento a una acción de amparo constitucional en base al principio *iura novit curia*, dado que en el Expediente 2763-2003-AC/TC, sostuvo que: «[...] el objeto de la demanda no es tanto demandar el cumplimiento de la Ley 27550, sino más bien cuestionar un comportamiento lesivo de derechos constitucionales, y que por ello la vía idónea para resolver la controversia no es la acción de cumplimiento, sino el amparo. Aunque en aplicación del principio de suplencia de la queja deficiente, previsto en el artículo 7 de la Ley 23506, se podría declarar la nulidad del procedimiento seguido y devolver los actuados al juez competente a efectos de que la pretensión sea tramitada como amparo, este Tribunal considera innecesaria la aplicación de tal principio, habida cuenta de la urgencia de restituir los derechos reclamados y de la correlativa necesidad de que el presente proceso se resuelva de forma oportuna y efectiva, de modo que se pronunciará de inmediato sobre el fondo de la controversia [...]», procediéndose en su parte resolutive a «Declarar FUNDADA la demanda interpuesta, la que debe entenderse como acción de amparo» (Cfr. SCP 0645/2012 del 23 de julio).

²¹ En este acápite, se reproducen los fundamentos recopilados en la Sentencia Constitucional Plurinacional 2271/2012, de 9 de noviembre de 2012.

luntad del constituyente en este sentido, hizo que la Constitución configure la protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas y de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos como uno de los ejes más importantes del Estado.

[...] Igualmente, es necesario señalar que la Constitución Política del Estado, además de establecer que ella goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, de acuerdo con lo previsto por el art. 410.II de la CPE, determina que el bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos (además de las normas de derecho comunitario). En ese mismo contexto, de acuerdo al art. 13 de la CPE, inserto en el Capítulo relativo a los Derechos Fundamentales y Garantías; los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconoce los derechos humanos, prevalecen en el orden interno y, además, que los derechos y deberes consagrados en la Norma Fundamental se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

484

[...] En ese marco, corresponde señalar, de igual modo que el principio pro actione se configura como una pauta esencial no solo para la interpretación de derechos fundamentales, sino también como una directriz esencial para el ejercicio del órgano de control de constitucional y la consolidación del mandato inserto en el art. 1 de la CPE; además, asegura el cumplimiento eficaz de los valores justicia e igualdad material, postulados axiomáticos directrices del nuevo modelo de Estado y reconocidos de manera expresa en el Preámbulo de la Constitución Política del Estado y en el art. 8.1 también del texto constitucional.

En efecto, el principio pro actione, asegura que a través de la ponderación de los derechos para el análisis de los casos concretos en los cuales exista una manifiesta, irreversible y grosera vulneración a derechos fundamentales, debe prevalecer la justicia material a cuyo efecto, su labor hermenéutica de ponderación, generará la flexibilización a ritualismos extremos para que en casos graves se repare un derecho manifiesta y groseramente vulnerado, así, el rol del control de constitucionalidad,

en virtud del cual, la justicia formal ceda frente a la justicia material.

En igual sentido se pronunció la SC 0501/2011-R del 25 de abril, que refiriéndose al *principio pro actione* señaló que el mismo:

[...] se constituye como el deber de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción, lo que también evita pronunciamiento de inadmisibilidad por defectos que puedan ser subsanados sin dar la oportunidad de hacerlo, prohibiendo asimismo la discriminación al acceso de la justicia de cualquier persona y brindar una justicia pronta y oportuna, sin dilaciones. Así, el constituyente boliviano, incluyó de manera acertada dicho principio dentro del texto constitucional, de esta manera, la Constitución Política del Estado, en su art 14.III señala: ‘El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos’; de igual forma, el 14.V establece: ‘Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano’; dichos artículos se encuentran vinculados y concordantes con el art. 115 del texto constitucional que indica: «I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones».

485

Por su parte, la SC 0897/2011-R del 6 de junio, estableció en relación al *principio de prevalencia del derecho sustancial* respecto al derecho formal, que:

[...] El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se desprende del valor-principio justicia, que es uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que se encuentra consagrado por el art. 8.II de la CPE, pues en mérito a este los ciudadanos tienen derecho a la justicia material. Así se ha plasmado en el art. 180.I de la CPE que ha consagrado como uno de los principios de la justicia ordinaria el de «verdad material», debiendo

enfanzarse que ese principio se hace extensivo a todas las jurisdicciones, también a la justicia constitucional. De este modo se debe entender que la garantía del debido proceso, con la que especialmente se vincula el derecho formal, no ha sido instituida para salvaguardar un ritualismo procesal estéril que no es un fin en sí mismo, sino esencialmente para salvaguardar un orden justo que no es posible cuando, pese a la evidente lesión de derechos, prima la forma al fondo, pues a través del procedimiento se pretende lograr una finalidad más alta cual es la tutela efectiva de los derechos.

En este sentido, debe considerarse que la Constitución Política del Estado, en el art. 9 inc. 4), establece como fines y funciones esenciales del Estado, 'Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución'. En coherencia con dicha norma, el art. 13.I de la CPE, establece que el Estado tiene el deber de promover, proteger y respetar los derechos. Por otra parte, el art. 196 establece que: 'El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales'. [...] no debe de olvidarse que una de las finalidades de la justicia constitucional es precautelar el respeto y la vigencia de derechos y garantías constitucionales.

Entonces, y siendo indiscutible que el Tribunal Constitucional Plurinacional, debe velar por la supremacía de la Norma Suprema, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar por el respeto y vigencia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, debe tenerse en cuenta en su función, lo dispuesto por la SC 2695/2010-R de 6 de diciembre, que establece que el principio de justicia material o verdaderamente eficaz: «... se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales».

Con mayor precisión, la SC 2029/2010-R de 9 de noviembre, citando a su vez a la SC 0548/2007-R de 3 de julio, señaló que este principio de justicia material se desprende como: «...‘una vivificación del valor superior ‘justicia’ la obligación, en la tarea de administrar justicia, de procurar la realización de la ‘justicia material’, como el objetivo axiológico y final para el que fueron creadas el conjunto de instituciones, jueces y tribunales, así como normas materiales y adjetivas destinadas a la solución de la conflictividad social; en síntesis, la justicia material es la cúspide de la justicia, donde encuentra realización el contenido axiológico de la justicia; por ello, está encargada a todos los órganos de administración de justicia...». Resultando claro que en virtud a la justicia material a la que se debe propender en busca de la tutela de los derechos de las personas, debe tenerse en cuenta situaciones concretas, como la presente, en la que si bien se presentó acción de libertad cuando correspondía la interposición de una acción de amparo constitucional, debía emitirse pronunciamiento respecto a la denuncia del accionante a efecto de lograr una tutela eficaz.

487

Es de importancia también citar el principio *iuria novit curia*: «el juez conoce el derecho» «el tribunal conoce el derecho», que es aquel por el cual: «...corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen» (Sentencia T-851/10 de 28 de octubre de 2010, Corte Constitucional de Colombia).

a) La Sentencia Constitucional Plurinacional 0347/2012, de 22 de junio

Precisamente en virtud a los principios desarrollados anteriormente, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de su Sala Liquidadora Transitoria, dictó la SCP 0347/2012 de 22 de junio, anali-

zando dentro de una acción de amparo constitucional, el fondo de una denuncia relativa a arrogación de competencias no establecidas por ley, cuyo ámbito correspondía ser examinado a través de un recurso directo de nulidad; concluyendo en ese caso:

Es evidente que la usurpación de competencias, es una figura que se encuentra dentro del ámbito de tutela del recurso directo de nulidad de acuerdo a la SC 0099/2010-R de 10 de mayo, sin embargo, sin alterar esta línea jurisprudencial, se aplica excepcionalmente el principio pro actione para situaciones en las cuales exista una manifiesta, grave e irreparable vulneración a derechos fundamentales, de manera excepcional y aplicando el método de la ponderación, con la finalidad de asegurar la justicia material, se flexibiliza para este efecto los presupuestos procesales, solamente con la finalidad de asegurar la materialización de los valores de justicia e igualdad, posibilitando tutelar el derecho a la competencia como elemento del debido proceso a través de la acción de amparo constitucional.

488

Concediendo en base a ese entendimiento, la tutela pretendida, al advertir dentro de sus Fundamentos Jurídicos que evidentemente el Fiscal de Materia entonces demandado, había usurpado funciones que no le atingían y que por ende todas sus actuaciones carecían de legalidad al no estar enmarcadas dentro de un proceso justo, lo que hacía viable la protección por la jurisdicción constitucional.

b) La Sentencia Constitucional Plurinacional 0645/2012, de 23 de julio

Así también, en otro caso sometido a revisión por el órgano contralor de constitucionalidad, se recondujo una Acción de Cumplimiento a una Acción Popular, mediante la SCP 0645/2012 de 23 de julio, con el siguiente fundamento:

[s]e justifica que frente a una acción presentada, el intérprete advierta que los contenidos de la demanda se acomodan más a la tramitación de otra acción de defensa (acción de libertad, de protección de privaci-

dad, amparo constitucional, acción popular) y de esta manera pueda, al amparo de los principios de eficacia de los derechos fundamentales, economía procesal, prevalencia del derecho sustantivo sobre el derecho adjetivo, *pro actione* y *iura novit curia*, reconducir la tramitación de la acción de cumplimiento a un proceso de acción de libertad, de protección de privacidad, amparo constitucional o acción popular, atendiendo ciertos requisitos a ser desarrollados por la jurisprudencia constitucional en el caso específico, donde se advierta la necesidad de reconducir su tramitación a otro proceso constitucional.

Precisamente son los principios antes mencionados que constituyen la razón primordial por la cual debe operarse la reconducción del proceso constitucional; así se tiene que, no obstante las acciones de defensa tienen delimitados sus requisitos de admisibilidad así como un procedimiento específico y que en su tramitación, según la naturaleza de la acción de defensa invocada, deben exigirse la concurrencia de formalismos que ayudan a preservar su naturaleza excepcional, ello no significa que deba darse prioridad a estas formalidades, entendidas como una unidad, por encima de la esencia misma del sistema de control tutelar cuyo fin primordial es el resguardo de derechos fundamentales y garantías constitucionales, por lo cual deberá extenderse la comprensión del alcance de exigibilidad de estos requisitos, a fin de garantizar la tutela constitucional efectiva y la esencia de los procesos constitucionales. [...] Es preciso establecer que la reconducción de la tramitación de una acción de cumplimiento a una acción popular deberá producirse siempre a favor y nunca en perjuicio de la parte accionante.

c) La Sentencia Constitucional Plurinacional 2271/2012, de 9 de noviembre

En el caso resuelto por esta Sentencia, y no obstante haber llegado a la conclusión de que la denuncia efectuada por el accionante, no reunía los presupuestos para ser considerada a través de la Acción de Libertad interpuesta, el TCP señaló:

[N]o es menos evidente que este Tribunal de una lectura y análisis del expediente, ha constatado que efectivamente el Juez demandado fijó audiencias con una demora considerable sin respetar plazos procesales; aspectos que no pueden ser dejados de lado y que merecen un pronunciamiento de parte de la jurisdicción constitucional, toda vez que lo que precisamente pretendía el accionante al plantear su acción, era que se respeten sus derechos fundamentales, y en ese sentido, se proceda a la consideración de la excepción e incidente que planteó en forma previa a la audiencia cautelar que se realizaría a fin de determinar su situación jurídica. Se entiende, en la preocupación que sea un juez competente el que dirija su proceso, más si se trataba de una excepción de incompetencia en razón de materia y que en todo caso, se decida sobre la aplicación de medidas cautelares en el proceso penal en el que se hallaba involucrado, en base a una imputación formal sin vicios procesales; lo que no ocurriría si se efectuaba antes la audiencia cautelar y posteriormente, la de consideración de los citados incidente y excepción.

490

Consecuentemente, resulta a todas luces entendible el cuestionamiento y la inquietud en que se hallaba el justiciable, quien confió en la pericia y conocimiento de sus abogados profesionales en derecho, para hacer prevalecer sus derechos y ejercer su defensa; no obstante, tanto en este caso, como en otros, se evidencia que estos cometen crasos errores en perjuicio de sus clientes, dejándolos desprotegidos y provocando que estos no confíen en la justicia ante la negativa que reciben en sus demandas. En su caso, activó la acción de libertad traslativa o de pronto despacho, invocando la aplicación de la SCP 0507/2012, que conforme se tiene puntualizado, es aplicable en el caso de detenidos preventivamente, lo que no sucedía en cuanto a su persona; por lo que, su abogado debió realizar una lectura minuciosa del fallo constitucional emitido; y, en conocimiento de la naturaleza jurídica y configuración procesal de las acciones de libertad y de amparo constitucional, presentar la segunda, a objeto que el resguardo de los derechos del agraviado no se viera obstruido. [...]

Las circunstancias detalladas, motivan a una necesaria reconducción de la presente acción de libertad, activada erróneamente por el accionante

en busca del resguardo del debido proceso que lo ampara, a una acción de amparo constitucional, garantía jurisdiccional que se halla prevista en el art. 129 de la CPE: «[...] contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley»; toda vez que en base a los principios de eficacia de los derechos fundamentales, prevalencia del derecho sustantivo sobre el adjetivo, favorabilidad, *pro actione*, *iura novit curia* y justicia material consagrado en nuestra Ley Fundamental, los actos denunciados por el agraviado merecen un pronunciamiento en el fondo por la jurisdicción constitucional y no pasar de largo demandas de retardación de justicia y dilación vinculadas con la celeridad a la que se hallan constreñidas las autoridades judiciales en la tramitación de los procesos sometidos a su conocimiento en el marco de un debido proceso.

En este caso, la decisión de reconducción excepcional a la que arribó el Tribunal Constitucional Plurinacional, se refuerza en los principios de eficacia de los derechos fundamentales, prevalencia del derecho sustantivo sobre el adjetivo, favorabilidad, justicia material, *pro actione* y *iura novit curia*, que fueron ampliamente desarrollados en los fundamentos jurídicos (*obiter dicta*) de la misma Sentencia Constitucional Plurinacional 2271/2012.

491

Finalmente, el Tribunal fundamentó su decisión en el caso resuelto por la referida Sentencia, argumentando que estaba procediendo a la reconducción de la Acción de Defensa, por las razones anotadas anteriormente y ante la evidente confusión en que incurrió el accionante respecto a los alcances de la SCP 0507/2012, (aplicable en casos de detenidos preventivamente); la que creyó adaptable por la retardación de justicia denunciada y con la finalidad que su derecho a la libertad no sea restringido a posteriori por una autoridad no competente.

Situación que permite concluir que la demanda merecía un pronunciamiento inmediato, por el daño irreparable que ocasionaría en el justi-

cialable la no tutela a sus derechos, siendo que la justicia constitucional ante el conocimiento de los hechos, no podía abstraerse de su conocimiento y esperar que se de una lesión irremediable, para luego recién tutelar a través de la acción idónea. Teniéndose que, en los casos en que este Tribunal advierta la amenaza de vulneración de derechos fundamentales, denunciada en forma previa a su materialización, tomando en cuenta las circunstancias de cada asunto en particular; en los que exista una manifiesta, irreversible y grosera transgresión de derechos, debe pronunciarse sobre los mismos, a fin de evitar la concreción en su restricción, en pro del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y de no dejar desprotegido al peticionario, quien acude a la justicia constitucional a fin de ver materializado el valor justicia consagrado por la Constitución Política del Estado y que la resolución que obtenga sea reflejo y concreción de los valores jurídicos fundamentales, logrando su efectividad a través de la prevalencia del derecho sustancial, a cuyo efecto será necesario que se otorgue la tutela respectiva y se emitan las órdenes de inmediato cumplimiento que sean necesarias para su resguardo efectivo.

En conclusión, la reconducción excepcional asumida por este Tribunal Constitucional Plurinacional, en virtud a las circunstancias especiales que se presentan en el caso en particular, es tomada en beneficio del accionante ante la evidencia incontrastable que existía una denuncia vinculada al debido proceso que le asiste tanto por disposición constitucional como por instrumentos internacionales, que merecía un pronunciamiento expreso, toda vez que si bien el justiciable interpuso una acción incorrecta en espera de la tutela de sus derechos fundamentales, invocando como vinculante la SCP 0507/2012, que no era aplicable a su caso, al existir la diferencia fundamental que él no se hallaba privado de libertad, por lo que le compelió plantear la acción de amparo constitucional para hacer efectivo el examen de fondo de su demanda; este órgano advierte que, al tratarse de una demanda de retardación de justicia que buscaba que se realice previamente una audiencia de excepción e incidente en cumplimiento de plazos procesales, fijada con dilación, para una fecha posterior a la de audiencia de medidas cautelares, no podía esperar que se opere la transgresión de derechos del accionan-

te, toda vez que a lo que propende la jurisdicción constitucional es a la protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, no siendo permisible admitir actos de retardación de justicia que lesionan derechos de los justiciables, por errónea interpretación de las demandas constitucionales.

19. Conclusión

De acuerdo a lo expuesto, se debe concluir reafirmando que la acción de amparo constitucional, indudablemente se constituye en una acción tutelar y protectora de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, considerando que ahora posee una configuración procesal especial, autónoma e independiente con relación al ámbito procesal ordinario, no solo porque corresponde a una acción de defensa prevista por la Constitución Política del Estado (CPE), sino porque el procedimiento específico para su correcta sustanciación y resolución (sea concediendo o denegando la tutela impetrada), se encuentra ampliamente detallado en el Código Procesal Constitucional.

493

De ahí que, la jurisprudencia constitucional ha precisado con claridad que se trata de una verdadera *acción de defensa* inmediata, oportuna y eficaz para la reparación y restablecimiento de los derechos y garantías fundamentales; y dada su configuración normativa, el amparo constitucional también se constituye en un *proceso constitucional*, de carácter autónomo e independiente con partes procesales diferentes a las de un proceso ordinario, con un objeto específico, cual es la protección y restitución de derechos fundamentales y con una causa distinta a la del proceso ordinario, esto es, la vulneración concreta o inminente de derechos fundamentales a raíz de actos y omisiones ilegales o indebidos, lo que justifica el establecimiento de un régimen jurídico procesal propio.

En ese entendimiento, a través de este breve trabajo (que por ahora no puede extenderse más allá del espacio previsto), se ha intentado analizar brevemente la configuración constitucional del amparo como acción de defensa, así como su intenso desarrollo jurisprudencial

como proceso constitucional de carácter tutelar, de tramitación especial y sumarísima (regido por los principios de inmediatez y subsidiariedad), que tiene por objeto la restitución o restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, cuando sean amenazados, suprimidos o restringidos por actos u omisiones ilegales o indebidos de autoridades públicas o particulares, en el Estado Plurinacional de Bolivia.

ANEXO La acción de amparo constitucional según la Sistematización de Jurisprudencia Constitucional (2012-2015) disponible en el portal web del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia*	
<ul style="list-style-type: none">○ Objeto, naturaleza jurídica y principios	1880/2012 FUN; 1386/2012 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Ámbito de protección	0331/2012 FUN; 0304/2013-L MOD; 0888/2012 CONF; 0693/2012 MUTA.
<ul style="list-style-type: none">○ Legitimación activa	0893/2013 FUN; 1026/2013-L FUN; 2439/2012 FUN; 0018/2015-S1 CONF; 0029/2015-S1 CONF; 0109/2014 CONF; 0163/2014-S3 CONF; 0684/2013-L CONF; 0761/2013-L CONF; 0365/2012 MUTA; 0411/2012 PC; 0628/2013-L PC; 0693/2012 PC; 0738/2013 PC; 1109/2013-L PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Legitimación pasiva	0893/2013 FUN; 0134/2012 MOD; 0142/2012 MOD; 0350/2013 MOD; 0402/2012 MOD; 1295/2012 MOD; 1616/2012 MOD; 0022/2015-S3 CONF; 0036/2015-S1 CONF; 0091/2014-S1 CONF; 0095/2015-S1 CONF; 0101/2014-S3 CONF; 0112/2015-S3 CONF; 0118/2014 CONF; 0127/2014-S1 CONF; 0150/2014-S1 CONF; 0223/2015-S2 CONF; 0437/2014 CONF; 0461/2014 CONF; 0488/2014 CONF; 0545/2014 CONF; 0546/2015-S2 CONF; 0648/2015-S3 CONF; 0656/2013-L CONF; 0689/2013-L CONF; 0740/2013-L CONF; 0805/2012 CONF; 0826/2012 CONF; 0886/2012 CONF; 0906/2012 CONF; 0919/2013 CONF; 0924/2012 CONF; 0938/2012 CONF; 1011/2014 CONF; 1017/2014 CONF; 1302/2014 CONF; 1905/2014 CONF; 2054/2012 CONF; 2518/2012 CONF; 2525/2012 CONF; 2550/2012 CONF; 0956/2012 CONTRA; 0367/2012 PC; 1004/2012 PC; 0938/2012 PRI.

* Esta información (notablemente ampliada y actualizada), que detalla los números de Sentencias Constitucionales fundadoras y confirmadoras de las líneas jurisprudenciales vigentes sobre cada temática, ha sido extraída del portal web del Tribunal Constitucional Plurinacional. Disponible en: <<http://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/>>, revisado el 30 de marzo de 2016.

<ul style="list-style-type: none">○ Excepciones a la legitimación pasiva 0076/2012 MOD; 0998/2012 MOD; 0119/2015-S3 CONF; 0173/2015-S2 CONF; 0254/2014 CONF; 0377/2015-S1 CONF; 0565/2014 CONF; 0719/2014 CONF; 0897/2013 CONF.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: subsidiariedad en proceso penal 0065/2015-S1 CONF; 0080/2013-L CONF; 0098/2015-S1 CONF; 0225/2014-S3 CONF; 0645/2013-L CONF; 0779/2013 CONF; 0941/2014 CONF; 0963/2012 CONF; 1710/2014 CONF; 2526/2012 CONF; 2336/2012 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: subsidiariedad en proceso civil 0816/2014 FUN; 0367/2012 SIS; 0029/2014-S3 CONF; 0029/2014-S3 CONF; 0060/2015-S3 CONF; 0069/2014 CONF; 0087/2015-S3 CONF; 0101/2014-S3 CONF; 0144/2014-S1 CONF; 0153/2014-S3 CONF; 0153/2014-S3 CONF; 0196/2014-S2 CONF; 0200/2015-S3 CONF; 0200/2015-S3 CONF; 0234/2015-S1 CONF; 0270/2015-S1 CONF; 0318/2015-S3 CONF; 0572/2015-S2 CONF; 0676/2013-L CONF; 0725/2013 CONF; 0749/2013 CONF; 0778/2013-L CONF; 0779/2013-L CONF; 0901/2013 CONF; 0917/2012 CONF; 0982/2012 CONF; 1042/2014 CONF; 1566/2014 CONF; 1788/2012 CONF; 2514/2012 CONF; 2531/2012 CONF; 2535/2012 CONF; 0947/2012 CONTRA; 0374/2012 PC; 0418/2012 PC; 0641/2012 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: subsidiariedad en proceso familiar 0591/2015-S1 CONF; 0920/2013 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: subsidiariedad en proceso social 0025/2015-S3 CONF; 0103/2015-S3 CONF; 0179/2014-S3 CONF; 0275/2015-S3 CONF; 0570/2014 CONF; 0804/2012 CONF; 2476/2012 CONF.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: subsidiariedad en proceso tributario 0361/2015-S2 CONF; 0636/2015-S3 CONF; 0939/2014 CONF.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: subsidiariedad en proceso administrativo 0071/2014 CONF; 0081/2014-S1 CONF; 0112/2014 CONF; 0152/2014-S2 CONF; 0158/2014-S3 CONF; 0228/2015-S1 CONF; 0254/2012 CONF; 0327/2014 CONF; 0397/2012 CONF; 0425/2014 CONF; 0546/2015-S1 CONF; 0546/2015-S2 CONF; 0610/2014 CONF; 0687/2015-S1 CONF; 0728/2013-L CONF; 0730/2013-L CONF; 0747/2013-L CONF; 0759/2013-L CONF; 0786/2012 CONF; 0796/2012 CONF; 0810/2014 CONF; 0845/2012 CONF; 0905/2012 CONF; 0915/2012 CONF; 0923/2012 CONF; 2556/2012 CONF; 2567/2012 CONF.

<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: subsidiariedad en proceso disciplinarios 0686/2014 FUN; 0001/2014-S2 CONF; 0036/2015-S1 CONF; 0162/2015-S3 CONF; 0173/2014-S1 CONF; 0238/2015-S1 CONF; 0308/2012 CONF; 0591/2015-S2 CONF; 0692/2013-L CONF; 0758/2013-L CONF; 0790/2013 CONF; 0790/2013 CONF; 0818/2013-L CONF; 0867/2014 CONF; 0884/2012 CONF; 0946/2013 CONF; 1688/2014 CONF; 0870/2013 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: subsidiariedad en proceso sindicales 0155/2015-S2 CONF; 0843/2013 CONF.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: subsidiariedad en procesos policiales y militares 0465/2014 CONF; 0522/2015-S1 CONF.
<ul style="list-style-type: none">○ Presentación directa de la acción 0362/2012 FUN; 1120/2012 FUN; 1836/2012 FUN; 2570/2012 FUN; 0245/2012 MOD; 0368/2013 MOD; 0371/2012 MOD; 0704/2013 MOD; 0884/2013 MOD; 1025/2013-L MOD; 0021/2015-S1 CONF; 0024/2014-S3 CONF; 0046/2013-L CONF; 0069/2014 CONF; 0093/2014-S1 CONF; 0150/2015-S2 CONF; 0245/2015-S2 CONF; 0438/2015-S2 CONF; 0565/2014 CONF; 0678/2014 CONF; 0705/2015-S2 CONF; 0735/2013 CONF; 0739/2013 CONF; 0780/2014 CONF; 0838/2012 CONF; 0044/2012 PC; 0044/2012 PC; 0052/2012 PC; 0102/2012 PC; 0629/2012 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: Actos consentidos libre y expresamente y sus excepciones 0735/2013 FUN; 2070/2012 MOD; 0037/2013-L CONF; 0100/2015-S1 CONF; 0172/2014-S1 CONF; 0193/2015-S1 CONF; 0238/2015-S1 CONF; 0637/2012 CONF; 0644/2015-S3 CONF; 0792/2012 CONF; 0873/2013 CONF; 0913/2012 CONF; 0920/2012 CONF; 0950/2012 CONF; 0967/2012 CONF; 1126/2014 CONF; 0222/2012 MUTA; 0083/2012 PC; 0641/2012 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: Por haber cesado los efectos del acto reclamado 0106/2014-S2 CONF; 0195/2015-S1 CONF; 0267/2012 CONF; 0331/2012 CONF; 0384/2015-S1 CONF; 0675/2013-L CONF; 0719/2014 CONF; 0751/2013 CONF; 0802/2013 CONF; 0880/2013 CONF; 1017/2014 CONF; 0647/2015-S3 CONTRA.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: Cuando la tutela corresponda a otra acción de defensa 0049/2015-S2 CONF; 0057/2012 PC ;
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: Identidad de sujeto, objeto y causa 0173/2012 MOD; 1240/2013 MOD; 0416/2014 CONF; 0754/2013 CONF; 0782/2013 CONF; 0799/2013-L CONF; 0831/2012 CONF; 0903/2013 CONF; 0942/2013 CONF; 0416/2014 IND.

○ **Plazo de seis meses de la acción (inmediatez de la acción)**

0893/2013 FUN; 1938/2012 MOD; 0111/2014-S3 CONF; 0119/2014 CONF; 0124/2015-S2 CONF; 0145/2014-S1 CONF; 0173/2015-S3 CONF; 0179/2014-S3 CONF; 0185/2014 CONF; 0213/2015-S2 CONF ; 0351/2014 CONF; 0391/2015-S3 CONF; 0446/2015-S2 CONF; 0587/2015-S2 CONF; 0591/2015-S2 CONF; 0615/2015-S1 CONF; 0642/2015-S3 CONF; 0652/2013 CONF; 0727/2013-L CONF; 0729/2013-L CONF; 0783/2012 CONF; 0809/2012 CONF; 0874/2013 CONF; 0885/2012 CONF; 0914/2012 CONF; 0918/2012 CONF; 0922/2012 CONF; 0936/2012 CONF; 0937/2012 CONF; 0968/2012 CONF; 0983/2012 CONF; 0984/2012 CONF; 0988/2012 CONF; 1347/2014 CONF; 2058/2012 CONF; 2538/2012 CONF; 0040/2012 PC; 0422/2012 PC.

○ **Flexibilización del plazo de seis meses**

0309/2012 FUN ; 1944/2013 FUN ; 0426/2012 MOD ; 0450/2012 MOD ; 0716/2013 MOD ; 0002/2013 CONF; 0115/2014-S3 CONF; 0330/2015-S3 CONF; 0330/2015-S3 CONF; 0898/2014 CONF; 0975/2012 CONF.

○ **Falta de pruebas**

0428/2014 FUN; 0019/2014-S3 CONF; 0061/2015-S3 CONF; 0086/2014-S1 CONF; 0114/2015-S3 CONF; 0121/2015-S2 CONF; 0156/2014-S3 CONF; 0171/2015-S3 CONF; 0197/2015-S1 CONF; 0204/2015-S3 CONF; 0221/2014-S2 CONF; 0221/2014-S2 CONF; 0233/2015-S2 CONF; 0261/2015-S1 CONF; 0313/2015-S3 CONF; 0336/2015-S3 CONF; 0407/2014 CONF; 0412/2014 CONF; 0428/2015-S3 CONF; 0496/2014 CONF; 0619/2014 CONF; 0635/2015-S3 CONF; 0653/2015-S1 CONF; 0677/2013-L CONF; 0679/2015-S3 CONF; 0704/2013-L CONF; 0746/2014 CONF; 0748/2013-L CONF; 0819/2013-L CONF; 0885/2014 CONF; 0940/2012 CONF; 0943/2012 CONF; 0970/2012 CONF.

497

○ **Cumplimiento de resoluciones de otras acciones de defensa**

0025/2015-S3 CONF; 0155/2014-S3 CONF; 0347/2014 CONF; 0539/2015-S1 CONF; 0903/2013 CONF; 1600/2014 CONF; 0160/2012 PC; 0904/2012 PC.

○ **Interpretación de la legalidad ordinaria**

0022/2015-S3 CONF; 0094/2014-S3 CONF; 0112/2014-S3 CONF; 0695/2012 CONF; 0832/2012 CONF; 0832/2012 CONF; 0845/2014 CONF; 0892/2012 CONF; 0936/2013 CONF; 0972/2012 CONF; 0410/2013 MUTA; 0006/2014-S1 CONTRA; 0194/2014-S3 CONTRA; 0682/2015-S3 CONTRA; 0781/2013 CONTRA; 1746/2014 CONTRA; 0039/2012 PC.

○ **Valoración de la prueba**

0011/2014-S2 CONF; 0055/2014 CONF; 0067/2014 CONF; 0067/2014 CONF; 0179/2015-S3 CONF; 0444/2014 CONF; 0618/2015-S1 CONF; 0797/2014 CONF; 0899/2012 CONF; 0903/2012 CONF; 0929/2012 CONF; 1122/2014 CONF; 1426/2014 CONF; 2054/2012 CONF; 0410/2013 MUTA; 0781/2013 CONTRA; 0039/2012 PC; 0094/2012 PC; 1505/2012 PC.

<ul style="list-style-type: none">○ Solicitud de cumplimiento de resoluciones judiciales o administrativas 1745/2013 MOD; 0084/2014-S3 CONF; 0091/2014-S3 CONF; 0119/2015-S3 CONF; 0754/2012 CONF; 0769/2013 CONF; 0964/2012 CONF; 0152/2012 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Falta de relevancia constitucional 0738/2013 MOD; 0101/2014-S2 CONF; 0291/2015-S2 CONF; 0643/2013-L CONF; 0668/2013-L CONF; 0002/2012 PC; 2472/2012 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Derechos controvertidos 0428/2014 FUN; 0003/2014 CONF; 0005/2013 CONF; 0019/2014-S3 CONF; 0021/2015-S3 CONF; 0059/2014-S3 CONF; 0084/2014-S1 CONF; 0120/2015-S3 CONF; 0229/2015-S3 CONF; 0313/2015-S3 CONF; 0407/2014 CONF; 0412/2014 CONF; 0507/2015-S1 CONF; 0656/2014 CONF; 0665/2013-L CONF; 0681/2013-L CONF; 0746/2014 CONF; 0793/2013 CONF; 0885/2014 CONF; 0919/2012 CONF; 0934/2013 CONF; 0940/2012 CONF; 0944/2013 CONF; 0954/2012 CONF; 0960/2012 CONF; 0963/2012 CONF; 0970/2012 CONF; 0971/2012 CONF; 0977/2012 CONF; 1701/2014 CONF; 1771/2014 CONF; 2496/2012 CONF; 0063/2012 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Cuestionamiento de la constitucionalidad de una disposición legal 0333/2012 PC; 0443/2012 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Competencias propias de la jurisdicción ordinaria 0453/2012 MOD; 0039/2012 PC; 0642/2012 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Amparo constitucional no tutela principios
<ul style="list-style-type: none">○ Amparo constitucional no revisa demanda y procedimiento de acción de inconstitucionalidad
<ul style="list-style-type: none">○ Causales de procedencia

<ul style="list-style-type: none">○ Procedencia: vías o medidas de hecho 0032/2014-S3 FUN; 0052/2012 FUN; 0309/2012 FUN; 0337/2014 FUN; 0788/2012 FUN; 0035/2014 MOD; 0052/2012 MOD; 0392/2014 MOD; 0862/2013 MOD; 0890/2013 MOD; 0998/2012 MOD; 0998/2012 MOD; 1478/2012 MOD; 1632/2013 MOD; 0003/2014 CONF; 0008/2013 CONF; 0016/2013 CONF; 0019/2014 CONF; 0020/2015-S1 CONF; 0032/2014-S3 CONF; 0105/2014 CONF; 0122/2014 CONF; 0126/2014 CONF; 0173/2015-S2 CONF; 0221/2014-S2 CONF; 0221/2014-S2 CONF; 0235/2014-S2 CONF; 0260/2015-S1 CONF; 0278/2015-S3 CONF; 0291/2015-S1 CONF; 0334/2015-S3 CONF; 0337/2014 CONF; 0349/2015-S1 CONF; 0434/2015-S2 CONF; 0436/2014 CONF; 0452/2015-S1 CONF; 0496/2014 CONF; 0496/2014 CONF; 0515/2015-S2 CONF; 0586/2015-S2 CONF; 0627/2014 CONF; 0641/2013-L CONF; 0655/2013-L CONF; 0660/2013-L CONF; 0677/2013-L CONF; 0690/2013-L CONF; 0719/2014 CONF; 0727/2013 CONF; 0728/2013 CONF; 0748/2013-L CONF; 0751/2013-L CONF; 0757/2013 CONF; 0771/2013-L CONF; 0813/2013-L CONF; 0819/2013-L CONF; 0842/2013 CONF; 0859/2013 CONF; 0872/2013 CONF; 0879/2013 CONF; 0891/2013 CONF; 0892/2013 CONF; 0897/2013 CONF; 0941/2012 CONF; 0953/2012 CONF; 0959/2012 CONF; 0985/2012 CONF; 1075/2014 CONF; 1657/2014 CONF; 1701/2014 CONF; 1728/2014 CONF; 1771/2014 CONF; 1782/2012 CONF; 1881/2014 CONF.
<ul style="list-style-type: none">○ Procedencia: contra particulares 0323/2012 MOD; 0636/2015-S2 CONF; 0842/2013 CONF; 0935/2014 CONF.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: Subsidiariedad excepcional en procesos aduaneros 0249/2012 FUN; 0333/2015-S3 CONF; 0396/2012 CONF; 0577/2015-S3 CONF; 0589/2015-S2 CONF; 0694/2015-S1 CONF; 0855/2013-L CONF; 0940/2013 CONF; 0249/2012 MUTA.
<ul style="list-style-type: none">○ Causal de improcedencia: subsidiariedad por falta de invocación del derecho o el acto lesivo dentro del proceso judicial o administrativo 0708/2013 FUN; 0174/2014-S3 CONF; 0211/2014-S3 CONF; 0219/2014-S3 CONF; 0232/2014-S3 CONF; 0376/2015-S1 CONF; 0709/2015-S3 CONF; 0870/2013 PC.
<ul style="list-style-type: none">○ Indefensión voluntaria 0236/2015-S3 CONF; 0721/2013 CONF.
<ul style="list-style-type: none">○ Términos y condiciones de contratos, su cumplimiento y conflictos derivados 0731/2013 PC.

El objeto de protección del nuevo juicio de amparo mexicano

✍ ALFONSO HERRERA GARCÍA*

Sumario: 1. Introducción. 2. El objeto de protección del juicio de amparo en el régimen jurídico anterior a las reformas de 2011-2013. 3. El proceso de reforma al objeto de protección del nuevo juicio de amparo. 4. Los criterios de la Suprema Corte y el nuevo objeto de protección del juicio de amparo. 5. Prospectiva y retos.

1. Introducción

501

Con la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo el 3 de abril de 2013, se hace necesaria una primera aproximación analítica a las instituciones de ese ordenamiento, sobre todo a las que

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialista en Derecho Constitucional por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC-Madrid). Se desempeña como secretario académico de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (editorial Porrúa), desde su fundación en el 2003; y como secretario de la presidencia del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Es profesor de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, y de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Panamericana (campus Cd. de México). Ha sido analista de jurisprudencia en el Tribunal Constitucional de España (2007-2009). En México, se ha desempeñado como secretario de estudio y cuenta (letrado) del Tribunal Pleno, de la Primera Sala y de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2010-2013); secretario técnico en la Presidencia en el Consejo de la Judicatura Federal (2013-2014), y asesor de la Presidencia en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2014).

han sido renovadas con profundidad, a efecto de calibrar los retos que esta inédita legislación plantea para la comunidad jurídica de México.

En este sentido, el propósito de este trabajo es, en primer término, ofrecer una comparación entre el esquema anterior y el nuevo, en relación con el objeto de protección del juicio de amparo. En segundo lugar, se busca ofrecer una descripción de las principales resoluciones que representan la superación de criterios sustentados bajo el sistema anterior y, al mismo tiempo, los primeros pasos hacia adelante en la clarificación del contenido jurisprudencial de las reformas constitucionales y legales del amparo (2011-2013), por parte de la Suprema Corte de Justicia. En tercer lugar, se ofrece una reflexión conclusiva, pero, si se permite la expresión, eminentemente provisional, acerca de los retos de futuro que depara la reconfiguración normativa del objeto de protección del juicio de amparo.

502

Debe advertirse en estas líneas introductorias que, con miras a objetivos prácticos, el presente trabajo reduce al mínimo los insumos dialógicos con otras fuentes doctrinales, así como con el derecho comparado. Con ello, se pretende ofrecer un ensayo que enmarque una primera reflexión acerca de unas reformas que, sobra mencionarlo, están llamadas a causar un impacto profundo en las instituciones procesales de tutela de los derechos humanos en México.

2. El objeto de protección del juicio de amparo en el régimen jurídico anterior a las reformas de 2011-2013

El objeto de protección del nuevo juicio de amparo, tal como resulta de la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, y de la nueva Ley de Amparo, de 2 de abril de 2013, resulta distinto del que lo caracterizó su tradición, en el régimen jurídico anterior. Ello se debe, en esencia, al renovado estatus de los derechos humanos de fuente internacional que esas modificaciones implican, a efecto de sus posibilidades de defensa mediante este juicio.

La traducción normativa de esas transformaciones resulta expresa tanto en la Constitución como en la nueva Ley de Amparo. Por esa razón, no cabe duda que, junto a otras importantes modificaciones, la que incidió en el objeto de protección es un ingrediente central en la evolución de este medio de control de regularidad constitucional.

La redacción del artículo 103 de la Constitución federal, hasta antes de la mencionada reforma, establecía que, mediante el juicio de amparo, se protegían las «garantías individuales» por leyes o actos de autoridad que las violaran (fracción I). Esta disposición no experimentó alteración alguna desde su redacción original en la Constitución de 1917. Más aún, dicho texto tuvo su inspiración en el artículo 101 de la Constitución de 1857, que era prácticamente coincidente en sus términos, lo que muestra una inmovilidad conceptual, a nivel normativo, en este básico elemento del sistema mexicano del amparo¹.

Como es conocido, la comprensión histórica del objeto de protección del juicio de amparo, en realidad, vivió un momento clave de su desarrollo ya en el siglo XIX, cuando la Suprema Corte admitió su procedencia contra las sentencias judiciales motivada por la incorrecta aplicación de las leyes, con base en una interpretación en esa dirección del artículo 14 de la Constitución de 1857. Este criterio pervivió con el advenimiento de la Constitución de 1917, aunado a la defensa del prin-

¹ Esta circunstancia histórica se destaca en la exposición de motivos de la iniciativa con proyecto de decreto que reforma a los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Iniciativa de senadores, grupo parlamentario del PRI, México, D. F., 19 de marzo de 2009, p. 2, suscrita por los senadores Manlio Fabio BELTRONES, Jesús MURILLO KARAM, Fernando Castro TRENTI y Pedro Joaquín COLDWELL; que en adelante se citará solo como: «iniciativa de reforma constitucional»). También se hace en la exposición de motivos de la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Iniciativa de senadores, diversos grupos parlamentarios, México, D. F., 15 de febrero de 2011, pp. 2 y 4, suscrita por los senadores Jesús MURILLO KARAM y José Alejandro ZAPATA PEROGORDO; que en adelante se citará solo como «iniciativa de nueva Ley de Amparo-I»).

cipio de legalidad consagrado en su artículo 16. Así, la esfera protectora del amparo, como suele destacarse en la doctrina especializada, abarcó desde los preceptos constitucionales hasta las modestas disposiciones reglamentarias².

El artículo 103 de la Constitución de 1917, en la redacción que sirvió de fundamento al juicio de amparo hasta su reforma en junio de 2011, estableció desde su origen que las controversias de la competencia de los tribunales de la Federación se suscitaban por leyes o actos de autoridad que violaran las «garantías individuales» (fracción I). Esta disposición permaneció vigente, en su redacción formal, durante 94 años.

Como reflejo de lo dispuesto por el artículo 103 constitucional, la Ley de Amparo de 1936 estableció, en su artículo 1, lo siguiente:

504

Artículo 1.- El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las *garantías individuales*;
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal, que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados;
- III. Por leyes o actos de las autoridades de estos, que invadan la esfera de la autoridad federal (*cursivas agregadas*).

Este texto, en correspondencia a la inmutabilidad de la Constitución en este aspecto, tampoco sufrió modificación alguna hasta su abrogación por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013. Esto significa que la dimensión legal del objeto de protección del juicio de amparo también fue invariable a lo largo de casi 7 décadas y media. Todo lo anterior informa que, tomando

² Cf. Por todos, BURGOA O., Ignacio, *El juicio de amparo*, 43ª ed., México, Porrúa, 2009, pp. 251-267; FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 7-16.

en consideración el *continuum* que se vivió entre la Constitución de 1857 y la de 1917 en este rubro, hasta sus reformas en 2011-2013, las «garantías individuales» fueron un elemento definitorio del juicio de amparo que prevaleció en México durante casi siglo y medio, con todos los extensivos significados –siempre introspectivos desde la perspectiva normativa– que les dio la jurisprudencia de los tribunales de la Federación en esta larga época.

Es imposible obviar otros sentidos en los que, en el ámbito doctrinal, ha podido concebirse el fenómeno «expansivo» del objeto de protección del juicio de amparo. Por ejemplo, Héctor Fix-Zamudio ha establecido que, lejos de caracterizarse como un proceso unitario, el juicio de amparo se transformó en un proceso con distintas facetas, según la función tutelar que adoptara. Así, pudieron distinguirse cinco clases o sectores de amparo: el amparo para tutelar la libertad personal, el amparo contra leyes, el amparo contra sentencias judiciales, el amparo administrativo y el amparo agrario³.

505

No es este el lugar ni el momento para profundizar en las circunstancias históricas de las referidas transformaciones expansivas del amparo, ni de retomar la clasificación doctrinal de los sectores en los que terminó desarrollándose este juicio con el paso de los años. Estas representaciones del objeto de protección ni fueron materia de especial consideración en las aludidas reformas de 2011-2013, ni se relacionan con el específico efecto expansivo que dichas reformas introducen. La orientación expansionista de estas últimas reformas se deben a una ruta distinta, largamente demandada en la doctrina: la consideración de los derechos humanos del orden internacional como objeto tutelar.

Antes de exponer ese trascendental cambio, debe repararse en lo siguiente. No puede pretenderse que los tratados de derechos humanos constituyan un parámetro novedoso de tutela si tomamos en cuenta

³ Cfr. FIX-ZAMUDIO, *op. cit. supra*, nota anterior, pp. 18-41.

que estos han sido invocables en las demandas de amparo a través de su vinculación con la alegada violación al principio de legalidad, consagrado en los artículos 14 y 16 constitucionales. No se trata, desde luego, de una novedad en ese sentido. Lo que sí redunda en una evolución normativo-procesal destacable es la previsión expresa de los tratados como fuente de derechos protegibles a través de este medio de control, lo cual, además, dista mucho de carecer de importancia práctica.

Circunscribiré la explicación a la reforma de la fracción I del artículo 103, que es la disposición receptora de la mencionada reforma, puesto que sus fracciones II y III no sufrieron cambio destacable alguno⁴, si bien las mismas fracciones de su «artículo reflejo» en la Ley sí lo experimentaron, como se destacará más adelante.

3. El proceso de reforma al objeto de protección del nuevo juicio de amparo

506

La necesidad de un renovado objeto de protección, en un sentido expansivo hacia el orden internacional de los derechos humanos, mantuvo un consenso indiscutido tanto a lo largo del proceso de reforma a los artículos 103 y 107 constitucionales, como en el proceso legislativo que dio lugar a la nueva Ley de Amparo, hoy en vigor.

No puede perderse de vista que, sobre todo el proceso de la reforma constitucional, se enmarcó en un contexto prácticamente paralelo al de la reforma de la Constitución Federal en materia de derechos humanos, publicada 4 días después (10 de junio de 2011). Ambas reformas, en lo que concierne al tema que nos ocupa, se caracterizaron por reconfigurar, conjuntamente, el valor jurídico de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en la Constitución Federal mexicana. En este sentido, es imposible entender por separado estas reformas.

⁴ Estas fracciones solo tuvieron una modificación antes de la reforma del 2011: la que implicó el decreto del 31 de diciembre de 1994, que, en ambas fracciones, introdujo el supuesto de procedencia del amparo por vulneración o restricción a la soberanía del Distrito Federal.

Pero el consenso en torno a la necesidad de «expandir» o «extender» el objeto de protección del juicio de amparo tiene raíces más antiguas, cristalizadas en el «Proyecto de nueva Ley de Amparo» elaborado por la *Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo*, designada por el Pleno de la Suprema Corte en noviembre de 1999, que, como se sabe, es un documento en el cual se inspiraron las iniciativas que culminaron con las reformas del 2011-2013, que ahora se analizan. Vale la pena referirse, así sea someramente, a ese importante antecedente.

En la versión final del proyecto elaborado por aquella comisión redactora, que entregó al Pleno de la Suprema Corte en abril de 2001, se llegó a la conclusión de que el juicio de amparo debía incluir la protección de los derechos humanos consagrados específicamente en cinco instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

507

Una de las razones por las cuales la comisión consideró pertinente establecer este *numerus clausus* de instrumentos internacionales como objeto de protección del juicio de amparo, fue la constatación de que existe un buen número de otros instrumentos suscritos por México con gran diversidad temática, muchos de ellos producto de circunstancias políticas coyunturales, que engloban intereses diversos de los distintos Estados, que cuentan con diferentes formas de organización política. Se consideró que esos otros tratados, pactos, declaraciones, etcétera, cuentan con fórmulas ambiguas, cuya protección directa mediante el juicio de amparo podría haber provocado consecuencias indeseadas.⁵

⁵ Cf. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM-IJ, 2002, pp. 28-35; Cossío Díaz, José Ramón, «Análisis de la propuesta de una nueva Ley de Amparo», en *Bosquejos constitucionales*, México: Porrúa, 2004, pp. 420-432.

Al analizar ese texto, el pleno de la Suprema Corte decidió modificarlo en el sentido extensivo que finalmente trasminó en las iniciativas de reforma constitucional y de nueva Ley de Amparo del 2011-2013. El proyecto de la Corte, de mayo de 2001, propuso que el juicio de amparo debía proteger los derechos contenidos en la totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por México. La finalidad de esa apertura indefinida consistió en permitir la protección de los derechos de fuente internacional de cualquier instrumento, sin necesidad de reformar la Constitución cada vez que alguno de ellos se incorporara al ordenamiento jurídico mexicano.

Pues bien, ha sido esta última propuesta la que, en materia de objeto de protección, hicieron suyas las iniciativas, las cuales, en este aspecto, no tuvieron objeción importante alguna en el seno de los órganos legislativos, tanto durante el proceso de revisión constitucional, como en el del proceso parlamentario que culminó con la aprobación de la nueva Ley de Amparo. Así, durante esos procesos, los artículos 103 constitucional y 1 de la Ley de Amparo, que propusieron tales iniciativas, no fueron objeto de debate, si bien hubo una moción para modificar la propuesta de redacción que al último precepto citado dieron las Comisiones Unidas de Justicia, de Gobernación, y de Estudios Legislativos, Segunda, del Senado de la República, como se destacará luego.

En lo que se refiere a la reforma del artículo 103 de la Constitución Federal, vale la pena detenerse en la distinción entre la redacción que contenía la fracción I anterior, y su nuevo texto. Antes de su reforma, esa fracción establecía que los tribunales de la Federación conocerían de toda controversia que se suscitara por leyes o actos de autoridad que violaran las «garantías individuales», en consonancia con lo que la Constitución mexicana expresaba en su título I, capítulo primero, cuya denominación era, precisamente: «De las garantías individuales», y con otros apartes de la propia Constitución que aludían a esa expresión. Tras la reforma del 6 de junio de 2011, el nuevo artículo

103 dispone que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, *así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte* (cursivas agregadas).

Lo primero que debe destacarse de esta nueva redacción, es la distinción que la Constitución introduce entre los «derechos humanos reconocidos» y las «garantías otorgadas para su protección». Esta distinción explícita es congruente con la que incorpora la diversa reforma de 10 de junio de 2011, en distintos sitios del nuevo texto constitucional, destacadamente en la denominación del capítulo primero del título primero, que pasó a llamarse, justamente: «De los derechos humanos y sus garantías»⁶. La reiteración de esta distinción por la Constitución, enfatiza la imperiosidad de hacer operativo dicho distingo conceptual en la práctica del juicio de amparo.

509

Vistas en su conjunto, estas modificaciones corrigieron un error histórico de tipo dogmático en el sentido de que, técnicamente, las garantías no podían seguir siendo consideradas, al menos autónomamente, ellas mismas, objeto de protección, sino como vehículos procesales para la defensa de ese objeto, categoría en la que se ubican los derechos humanos. Las garantías son medios de protección, no, en buena técnica, su objeto.

Hay otra modificación en el artículo 103, fracción I, que debe ponerse de relieve: el cambio del lenguaje constitucional en el verbo empleado por el derecho positivo para significar el anclaje de los dere-

⁶ Acerca de las implicaciones sustantivas derivadas de esta modificación, en apariencia solo nominal, véase: CARPIZO, Jorge, «Los derechos humanos: Una propuesta de clasificación de los derechos civiles y políticos», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXI, núm. 256, julio-diciembre 2011, en especial, pp. 32-37.

chos humanos a la Constitución Federal. Por décadas se estableció que las «garantías individuales» eran «otorgadas» por la Constitución. Con la reforma del 6 de junio de 2011, el artículo 103 ahora dispone que el juicio de amparo protege los derechos humanos «reconocidos» y las garantías «otorgadas» para su protección.⁷ Resulta patente la consonancia entre la terminología del capítulo primero, título I, y de los artículos 1, 29, 33 (modificados por el decreto de 10 de junio de 2011), y la del artículo 103, fracción I.

510

¿Cuál es la consecuencia práctica de lo que se viene de constatar? Para empezar, que en el trabajo cotidiano que implica la elaboración de sentencias por todos los tribunales de la Federación, el léxico por ellas utilizado habría de sustituirse: el trabajo judicial debe ahora referirse a los «derechos humanos» tutelables por el juicio de amparo, y ya no a las «garantías individuales», o a su más simple locución tradicional de «garantías». Por otro lado, debe empezar a hacerse patente la utilización de la expresión «garantías» exclusivamente para referirse a todo medio, proceso o procedimiento de defensa, dispuesto por el ordenamiento jurídico, para la protección de esos derechos (entre los cuales se cuenta el propio juicio de amparo). Incluso, a este respecto, la propia iniciativa de la nueva Ley de Amparo presentada por diversos grupos parlamentarios del Senado, de 15 de febrero de 2011, afirma: «[...] es evidente que el juicio de amparo habrá de sufrir una transformación de fondo y no solo en cuanto a su denominación de “juicio de garantías”⁸».

Dicho lo anterior, otra cuestión a destacar sobre la reforma del objeto de protección del juicio de amparo, a nivel constitucional, es que ahora se dispone que los derechos y sus garantías, deben estar recono-

⁷ Al respecto, cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 71-78.

⁸ Iniciativa de reforma constitucional, cit. *supra* nota 1, p. 2; Iniciativa de nueva Ley de Amparo-I, cit. *supra* nota 1, p. 5.

cidos y otorgados, respectivamente, por la propia Constitución, «así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte». En este punto, se trata de la ampliación propiamente de la esfera de protección del juicio de amparo desde el punto de vista de las fuentes normativas que deben tomarse en cuenta para enjuiciar el acto de autoridad reclamado.

Si bien desde un primer momento ha sido posible observar en las normas positivas la ampliación de dicho objeto de protección a las normas de tratados internacionales, no quedó clara la manera en que debía comprenderse esa «ampliación» o «extensión», sobre todo debido a la «interferencia» que a la tesis de la igual jerarquía de derechos consagrados en tratados internacionales, parecía significar la última parte del primer párrafo del artículo 1: «si bien reformado por el decreto del 10 de junio de 2011, intocado en esa parte de su redacción»⁹, y el 133, que no había sufrido modificación alguna con estos decretos.¹⁰

511

Ahora bien, tanto la iniciativa de la reforma constitucional como una de las dos que se presentaron para la nueva Ley de Amparo, proporcionaron elementos para orientar el sentido de esa ampliación.¹¹ En

⁹ «Art. 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece» (cursivas agregadas).

¹⁰ De hecho, no ha sufrido reforma alguna desde 1934. Su texto en vigor es el siguiente: «Art. 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados».

¹¹ La iniciativa explora el estado de la cuestión en el derecho comparado al exponer: «Se debe apuntar que en el derecho comparado se ha generado un movimiento diametralmente diferente al que se presencia en México, pues en otros países el ámbito de protección de los juicios constitucionales ha abarcado también lo previsto en materia de derechos humanos por diferentes instrumentos del derecho internacional. Al respecto, las soluciones han va-

dichas iniciativas se dijo que: *a)* afines a la lógica internacional, que ha extendido el espectro de protección en materia de derechos humanos, y dada la necesidad de constituir al juicio de amparo en un medio más «eficiente» de control de las actuaciones de las autoridades públicas, se pretende «ampliar el marco de protección de ese proceso extendiendo la materia del control»; *b)* Deben protegerse de «manera directa», mediante el juicio de amparo, «además de las garantías que prevé la Constitución, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano».¹²

Las dos iniciativas de la nueva Ley de Amparo que se presentaron en la Cámara de Senadores, tanto la de diversos grupos parlamentarios¹³, como la del Partido de la Revolución Democrática (PRD)¹⁴, coincidían en señalar que debía establecerse expresamente como objeto de protección del amparo, los tratados de los que el Estado mexicano fuera parte. Sin embargo, discrepaban en su redacción. En lo que aquí interesa, la fracción I del artículo 103, finalmente aprobada, se inspiró más fielmente en el texto propuesto por la segunda iniciativa mencionada.

512

Como se dijo con anterioridad, la intención inicial del legislador fue introducir en la nueva Ley de Amparo una «disposición espejo» del artículo 103 constitucional. Efectivamente, la iniciativa

riado, pues en algunos casos se ha dado jerarquía constitucional a todos los instrumentos internacionales celebrados por un Estado; en otros solo a algunos de ellos; en otros se han dejado como objeto de protección, pero sin darle la jerarquía constitucional o en otros, finalmente, se ha previsto que el contenido de esos instrumentos debe guiar la interpretación que de los derechos fundamentales hagan los tribunales nacionales». *Cfr.* Iniciativa de nueva Ley de Amparo-I, cit. *supra* nota 1, p. 5.

¹² Iniciativa de reforma constitucional, cit. *supra* nota 1, p. 2; Iniciativa de nueva Ley de Amparo-I, cit. *supra* nota 1, p. 2.

¹³ Cit. *supra* nota 1.

¹⁴ Iniciativa de senador, grupo parlamentario del PRD, México, D. F., 22 de setiembre de 2011, suscrita por el senador Tomás Torres Mercado (que aquí identifico como «iniciativa de nueva Ley de Amparo-II»).

original de la nueva Ley de Amparo reproducía en sus términos el artículo 103 reformado. Sin embargo, debe llamar la atención que el nuevo artículo 1 de la Ley de Amparo no resulta ser una reproducción exacta de esa disposición constitucional en lo que toca a sus fracciones II y III. Dicho precepto quedó finalmente redactado de la siguiente manera:

Artículo 1.- El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, *siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, *siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley (cursivas agregadas).

La alteración de las fracciones II y III del precepto en cuestión se debió al dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, de Gobernación, y de Estudios Legislativos, Segunda, de la Cámara de Senadores, del 5 de octubre de 2011, sin ofrecerse en la exposición de motivos de dicho dictamen explicación específica alguna sobre el particular. Este

texto superó todas las etapas legislativas hasta su aprobación definitiva por ambas cámaras legislativas. Al analizarse el contenido de esas fracciones en el pleno de la cámara de diputados, en la sesión del 12 de febrero de 2013, esa propuesta de redacción fue objeto de observación por el diputado Manuel Huerta Ladrón de Guevara (Partido del Trabajo), cuando se discutía el dictamen respectivo enviado por el Senado. Sin embargo, esa reserva no fue admitida a discusión.¹⁵

Sin perjuicio de dejar apuntada la incerteza de cuáles pueden ser las consecuencias prácticas de esa ampliación, incompleta, de los supuestos de procedencia del llamado en la doctrina «amparo-soberanía» en la nueva Ley de Amparo (como se ve, en ambas fracciones se omite aludir a los «tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte»), lo cierto es que quizá era el momento de prescindir, tanto en el artículo 103 constitucional, como en este de la Ley, de estos supuestos,

¹⁵ La intervención del diputado Ladrón de Guevara fue en los siguientes términos: «[...] quise hacer esta reserva porque miren, en el artículo 1 dice: “El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite —obviamente, en el párrafo primero— por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. [...] Y las fracciones II y III dicen: “Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan las soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal” y aquí está el problema porque viene seguido de “*siempre y cuando* se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Y en la fracción III: “Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de la competencia de la autoridad federal” y vuelven a condicionar con un *siempre y cuando* se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Obviamente, si es técnica legislativa, lo podrán enmendar porque nosotros estamos proponiendo suprimir desde los condicionantes *siempre y cuando* en ambas fracciones, ya que esto le resta operatividad, funcionalidad, del caso que se acredita. Es obvio en temas presupuestales y demás. No hay violaciones a derechos humanos y estos ya están protegidos en la fracción I.» Véase, Cámara de diputados, versión estenográfica de la discusión parlamentaria, México, D. F., 12 de febrero de 2013, p. 18.

considerando que la extralimitación de competencias de la autoridad es susceptible de reclamarse, sin margen de duda, a través de la invocación de la violación al principio de legalidad previsto en el artículo 16 constitucional.

No está de más mencionar que, acordes con el nuevo artículo 1º, los artículos 108, fracción VI, y 175, fracción VI, de la Ley de Amparo vigente prevén que en la demanda de amparo (indirecto y directo, respectivamente) ha de expresarse, conforme dicho artículo 1, los preceptos que contengan los derechos humanos (y las garantías, en el caso solo del amparo indirecto), cuya violación se reclame. Asimismo, el artículo 107 de la Ley enaltece el valor jurídico de los tratados al establecer la inimpugnabilidad de los tratados internacionales en «aquellas disposiciones en que tales tratados reconozcan derechos humanos».

Asimismo, la nueva Ley conceptualiza, en la misma dirección, los actos del procedimiento administrativo de «imposible reparación» y los «actos en juicio», a efecto de la procedencia del amparo indirecto. El artículo 107, fracciones III, inciso b), y V, establecen que por tales actos deben entenderse «los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte».

515

Por otro lado, el reconocimiento de estos tratados impactó también la operatividad del principio de definitividad del juicio, que ahora se prevé en el artículo 171 de la nueva Ley. En el juicio de amparo directo, al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, no resulta ahora exigible agotar el recurso o medio de defensa previsto por el ordenamiento, entre otros supuestos, en aquellos en los que se «alegue que la ley aplicada o que se debió aplicar en el acto procesal, es contrario a la Constitución o a los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte».

4. Los criterios de la Suprema Corte y el nuevo objeto de protección del juicio de amparo

a) *La incertidumbre inicial sobre la extensión protectora*

La entrada en vigor del nuevo sistema constitucional del juicio de amparo, primero, y de la nueva Ley de Amparo, después, trajo como consecuencia una consciencia colectiva en el foro jurídico, más o menos general, de que otra, distinta a la tradicional, debía ser la caracterización jurídica del objeto de protección del juicio de amparo. Sin embargo, desde un inicio se plantearon serias dificultades interpretativas acerca de la cabal proyección y los alcances de esa extensión, de cara a la posición normativa del derecho internacional de los derechos humanos.

Para centrar la atención en las discusiones del Tribunal Pleno de la Suprema Corte, debe decirse que la primera resolución que arrojó alguna luz de hacia donde debía situarse la comprensión de esa ampliación, fue la recaída al Expediente Varios 912/2010, si bien fueron más amplias las consecuencias que esta implicó para el entero modelo de control de constitucionalidad en el país. En todo caso, este asunto arrojó las primeras determinaciones del Tribunal Pleno frente a la reforma constitucional de derechos humanos, de imposible desconexión con lo que vendría a regir después para el juicio de amparo, cuya reforma constitucional entró concretamente en vigor el 4 de octubre de 2011, es decir, menos de 3 meses después de haberse emitido esa resolución.

El objeto de protección del juicio de amparo, encontró otro escalón evolutivo con la resolución a la contradicción de tesis 293/2011, emitida el pasado 3 de setiembre de 2013, y continuó construyéndose con la recaída a la contradicción de tesis 21/2011-PL, decidida el 9 de setiembre siguiente. Puede afirmarse que estas últimas resoluciones marcan sendos puntos de inflexión con respecto a criterios jurisprudenciales típicos del sistema anterior. Sobre todo con la contradicción de tesis 293/2011 han quedado sin efectos jurisprudencias de tribunales de la Federación, y modalizadas otras de la propia Corte, que servían de

base para concebir la posición jurídica de los tratados internacionales de derechos humanos, al conocer del juicio de amparo.

b) *La recepción del «caso Radilla» por la Suprema Corte y su repercusión en el juicio de amparo*

Pese a que los primeros criterios que se destacarán ahora emanaron de la paradigmática resolución al Expediente Varios 912/2010, denominado caso Radilla (aunque en propiedad, se trata de la «recepción del caso Radilla»), debe repararse desde un inicio que en este asunto el Pleno no tuvo por propósito discutir propiamente el objeto del juicio de amparo. No obstante, sí generó una comprensión distinta de los derechos que consagra la Constitución Federal, a partir de la reforma del 6 de junio de 2011. Además, caracterizó una distinta perspectiva, generada por el propio derecho constitucional positivo, acerca de cuáles son los derechos humanos (que no ya «garantías individuales», expresión que en esta resolución se abandona implícitamente), que deben tomarse en consideración al ejercer el control de constitucionalidad y «a partir de esta decisión» también el de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.

517

A partir de esta trascendente resolución, se desprende una convicción del Tribunal Pleno –o al menos de una mayoría de sus integrantes– para interrumpir un esquema jurisdiccional previo, inmovilizado durante décadas en los aspectos que fueron finalmente resueltos. Por otro lado, en ella se sentaron las bases para orientar un sendero distinto en el quehacer de la justicia constitucional mexicana, en cuanto a la aplicación de normas de derechos humanos se refiere.¹⁶

¹⁶ La resolución fue incluso publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011, lo que resulta más que simbólicamente significativo no solo porque en esa fecha la Corte determinó la apertura de la décima época del Semanario Judicial de la Federación. Recuérdese que, además, en ese mismo día entraron en vigor las reformas constitucionales en materia de juicio de amparo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo primero transitorio del multimencionado decreto de 6 de junio de 2011.

Cabe advertir que los criterios emanados del «varios 912/2010» no consiguieron la adhesión unánime de los ministros integrantes del Pleno, aunque son dos las notables excepciones: el relativo a la obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, y la restricción del fuero militar. Sin embargo, ninguno de esos criterios generó «jurisprudencia», esto es, criterios jurídicamente vinculantes, pues el procedimiento del que emergieron (un expediente varios)¹⁷ no revistió la aptitud jurídico-procesal para producir esos efectos. Dichos criterios integraron «tesis aisladas», es decir, tesis orientadoras para todos los tribunales y los operadores jurídicos del país, lo cual, por cierto, generó no pocas incertidumbres a la hora de enfrentar su aplicación en la práctica judicial.

No es este el lugar para analizar los peculiares antecedentes que dieron lugar a la resolución del Expediente Varios 912/2010.¹⁸ Pero es obligado hacer notar que si bien se resolvió en definitiva por la Corte unos días después de haber cobrado vigencia el nuevo marco constitucional (el 14 de julio de 2011), en realidad sus extremos fueron conse-

¹⁷ El Pleno fundó su competencia para resolver este caso en la atribución genérica e indefinida que le concede el artículo 10-XI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que dispone: «La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno: [...] De cualquier otro asunto de la competencia de la Suprema Corte de Justicia, cuyo conocimiento no corresponda a las Salas». Y agregó que el Pleno era competente para resolver «toda vez que el propio Pleno determinó, el siete de setiembre de dos mil diez (en el diverso Expediente Varios 489/2010), que debe hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, ante la duda que genera la inexistencia de normas legales expresas que regulen su ejecución, y a la importancia que dicho caso reviste para el orden jurídico nacional» (párrafo 10, considerando primero, de la resolución al Expediente Varios 912/2010).

¹⁸ Al respecto, entre otros, véanse, por ejemplo: COSSÍO DÍAZ, José Ramón, MEJÍA GARZA, Raúl M., y ROJAS ZAMUDIO, Laura Patricia, *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

cuencia de las consideraciones que había hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia al caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, dictada el 23 de noviembre de 2009. En esta sentencia internacional, el Estado mexicano fue condenado por dicha Corte a diversas actuaciones, como consecuencia del acreditamiento de violaciones, entre otros, a los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de la víctima.

De las varias determinaciones importantes de la Suprema Corte en el Expediente Varios 912/2010, solamente destacaré las que poseen una inevitable relación con el objeto de protección del nuevo juicio de amparo, y que prepararon el camino jurisprudencial que vino después, sobre todo, para lo determinado en las decisiones en las que desembarcaron las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011-PL.

519

Prácticamente durante toda la vigencia de la Constitución federal de 1917, la Suprema Corte había mantenido una interpretación inmovible en el sentido de que el sistema de control de constitucionalidad imperante en México era el concentrado en los tribunales de la federación, pese a que la lectura del artículo 133 constitucional parecía sugerir otra cosa. Mediante el juicio de amparo, los juzgados y tribunales federales (jueces de distrito y tribunales colegiados de circuito) eran los órganos judiciales encargados de operar la justicia constitucional, con la proscripción de que en esa labor pudiese intervenir cualquier otro juez, de cualquier materia, fuero, o instancia, incluidos los integrantes de los poderes judiciales de los Estados.

Pues bien, en la resolución del Expediente Varios 912/2010, la Suprema Corte decidió modificar esa lógica concentradora del control de constitucionalidad de los actos de autoridad, incluida, destacadamente, la autoridad legislativa. En la tesis P. LXX/2011 (9a.) se determina que, en la actualidad, existen dos vertientes dentro del modelo de control de

constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, los que, además, son acordes con el modelo que denominó de «control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos», a cargo de los jueces.

En primer término, se encuentra el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control, en donde se localizan las acciones de inconstitucionalidad (el control abstracto de normas legales), las controversias constitucionales (conflictos entre poderes y órganos públicos), ambas, competencias de la Corte; y el juicio de amparo directo e indirecto, competencia de los jueces y tribunales federales y, excepcionalmente, también de la Corte.¹⁹ En segundo término —aquí, el aspecto novedoso de su criterio—, se encuentra el control de constitucionalidad en forma incidental que deberán operar el resto de los jueces del país, en los procesos ordinarios en los que sean competentes.

520

En este criterio, lo destacado a nuestros efectos es que el objeto de protección del juicio de amparo, en realidad, fue incluso ensanchado en un sentido exorbitante del propio medio específico de control de constitucionalidad por la Suprema Corte: admitió que los derechos humanos, tanto los consagrados en el orden constitucional, como los del orden internacional, son tutelables, no solo mediante el juicio de amparo, sino también en los procesos ordinarios respectivos, de la competencia de todos los jueces del país. En este sentido, desde ese momento la Corte admitió el ejercicio paralelo del control difuso de actos violatorios de los derechos humanos —a cargo de todos los jueces— con las competencias de amparo en manos de los tribunales de la Federación, que tendría reconocido ese mismo objeto.

¹⁹ Para una exposición sintética sobre la intervención excepcional de la Suprema Corte en los recursos de revisión de los juicios de amparo, permítaseme la remisión a: HERRERA GARCÍA, Alfonso, «Suprema Corte de Justicia de la Nación» en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo III, 2010, pp. 1584-1599.

En este nuevo sistema, como lo sostienen Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, en caso de omisión de ejercer control difuso de actos violatorios de derechos humanos, sin embargo, no debiera tener el efecto de devolver el asunto a la autoridad ordinaria para subsanar la deficiencia, en nombre del principio de economía procesal.²⁰

Para la Corte, se trata de un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios derivados de las declaraciones de inconstitucionalidad o de las determinaciones de inaplicación, que advierta la propia Corte, lo que determine la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Ambas vertientes de control deben ejercerse de manera independiente, lo que significa que la existencia del referido modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas.

Además, en esta redefinición del modelo general de control de constitucionalidad, se toma también en cuenta la tarea del resto de autoridades públicas del país. En el ámbito de sus competencias, estas tienen también la obligación de aplicar las normas jurídicas bajo una lógica de interpretación más favorable a la persona (*pro persona*), para obtener una protección más amplia de sus derechos humanos. No obstante, a diferencia de los jueces, las autoridades no-judiciales no cuentan con facultades para inaplicar o declarar la incompatibilidad de dichas normas con la Constitución General de la República.²¹

521

Esta reconfiguración del modelo general de control de constitucionalidad trajo como consecuencia que en un posterior asunto (la

²⁰ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México: Porrúa - UNAM - IMDPC, 2013, p. 31.

²¹ El ministro encargado del engrose de la resolución del Expediente Varios 912/2010 fue José Ramón Cossío Díaz. En cuanto al criterio de que se trata, hubo mayoría de 7 votos; votaron en contra los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales.

llamada «Solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011»²², la Corte declaró que quedaran sin efectos jurídicos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos elocuentes rubros eran los siguientes: «Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación», y «Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución».²³ Se aclaró que esta conclusión se derivaba del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor de la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011.

Además de las referidas vertientes concentrada y difusa del control de constitucionalidad, la Suprema Corte introdujo en ese modelo la doctrina que en sede de jurisdicción interamericana se ha denominado «control de convencionalidad» *ex officio* en materia de derechos humanos.²⁴ Esta decisión se apoyó en la nueva redacción del artículo 1, párrafo segundo, de la Constitución, que, como se puso de relieve con anterioridad, establece que todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, sino también por aquellos contenidos en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, debiéndose adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate.

Los mandatos interpretativos contenidos en el artículo 1 constitucional, sostuvo la Corte, deben cohererarse con el artículo 133 de la propia Constitución, para definir el marco dentro del cual debe rea-

²² Ponente: Olga Sánchez Cordero. mayoría de 9 votos; votaron en contra y por la modificación de las tesis jurisprudenciales (no por la declaratoria «sin efectos»), los ministros VALLS HERNÁNDEZ y SÁNCHEZ CORDERO.

²³ Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 fueron publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo X, agosto de 1999, pp. 18 y 5, respectivamente.

²⁴ Cfr. CARBONELL, Miguel, «Introducción general al control de convencionalidad», en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. Ver GONZÁLEZ PÉREZ, Luis R. y VALADÉS, Diego [coords.], México, UNAM-IIJ, 2013, pp. 67-95.

lizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo de los jueces, y que se encuentra inserto en el modelo nacional de control de constitucionalidad. Mediante una interpretación sistemática del texto de nuevo cuño, se determinó que, en consonancia con la última parte del artículo 133, en los casos litigiosos de su conocimiento, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma jurídica inferior.

Se precisó además que si bien los jueces no tienen competencia para emitir una declaración general sobre la invalidez (expulsar del orden jurídico), las normas que consideren contrarias a los derechos humanos (los tribunales de la Federación pueden emitir declaratorias de inaplicación a casos concretos en juicios de amparo, y la Suprema Corte declaratorias de invalidez general en los procesos de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales), todos los jueces están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores, en caso de conflicto normativo con las contenidas en la Constitución y en tratados internacionales.²⁵

523

En la línea de estos criterios, la resolución al Varios 912/2010 generó, por primera vez en la historia judicial de México, el reconocimiento de vinculatoriedad de las sentencias emitidas por un tribunal internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo en lo que respecta a sus puntos resolutivos, sino también a la fundamentación jurídica en que tales sentencias se apoyan —«en sus términos»—, tanto para la propia Corte mexicana como para todos los jueces y demás autoridades del país, siempre que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio resuelto por la sentencia. Esta determinación también cobra un impacto inmediato en el objeto del juicio de amparo, toman-

²⁵ Tesis aislada P. LXVII/2011(9a.). Mayoría de 7 votos; votaron en contra los ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales.

do en cuenta que las consideraciones de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana resultan clave para entender aquello que ahora resulta protegible contra las violaciones a derechos humanos consagrados en la Convención Americana.

Las razones torales en que se fundó esa decisión consideraron que si el Estado mexicano aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando este ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, constituye cosa juzgada. Así, corresponde exclusivamente a ese órgano internacional, en el caso sometido a su jurisdicción, evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte, como si lo están con las reservas y salvedades formuladas por el mismo Estado. Por ese motivo, la Suprema Corte mexicana debe declararse incompetente para analizar, revisar, calificar o decidir acerca de la corrección o supuesta incorrección de una sentencia dictada por la Corte Interamericana, o si esta supuestamente excede las normas que rigen su materia y proceso. Esto significa que la Corte mexicana es un tribunal al que solo corresponde «acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos»,²⁶ con lo que ello signifique para la redefinición de su estatus institucional.

524

Por otro lado, en el Expediente Varios 912/2010 se concluyó que otra era la situación cuando se trataba de casos ante la Corte Interamericana en los que el Estado mexicano no hubiere intervenido como parte en la controversia. En este supuesto «se determinó en esa

²⁶ Tesis aislada P. LXV/2011 (9a). Unanimidad de 11 votos, en relación con la obligatoriedad de estas sentencias, con salvedades de los ministros AGUIRRE ANGUIANO, LUNA RAMOS, FRANCO GONZÁLEZ SALAS y AGUILAR MORALES, mayoría de 8 votos en cuanto a la imposibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado; votaron en contra: ministros AGUIRRE ANGUIANO, LUNA RAMOS y AGUILAR MORALES.

oportunidad», los criterios de dicha Corte internacional resultaban solamente orientadores para los jueces mexicanos, «siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1 de la Constitución federal». Más adelante, como veremos, este criterio fue superado por la decisión a la Contradicción de Tesis 293/2011, en el sentido de admitir la obligatoriedad de toda la jurisprudencia interamericana.

En esa tesitura, la Corte mexicana precisó que los jueces, al resolver los casos concretos que se presenten a su consideración, deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos, y acudir luego a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure un beneficio más amplio del derecho «que se pretende proteger». Ello no prejuzga la posibilidad –advirtió la Corte– de que los criterios internos cumplan de mejor manera lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1 (cláusula *pro persona*), lo cual tendrá que valorarse caso a caso, «a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos»²⁷. La incidencia de esta determinación en el análisis de violaciones a los derechos, a través del juicio de amparo, es manifiesta.

525

Pero no terminan ahí los criterios de calado generados con la «Recepción del caso Radilla». Con el esfuerzo de delinear con mayor precisión la forma en que debe operar el que puede llamarse «nuevo modelo integral del control difuso de regularidad», la Corte configuró el que denominó «parámetro de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos». El propósito de la Corte es pedagó-

²⁷ Entre las derivadas de la «Recepción del caso Radilla», esta fue la decisión más dividida entre los integrantes del Pleno, pues únicamente alcanzó el consenso de 6 ministros, contra 5. Cfr. Tesis aislada P. LXVI/2011 (9a). Votaron en contra los ministros COSSÍO DÍAZ, ZALDÍVAR LELO DE LARREA, VALLS HERNÁNDEZ, SÁNCHEZ CORDERO y SILVA MEZA.

gico también en este punto. Trata de compatibilizar el modelo general de control de constitucionalidad interno, con el control, también interno, de convencionalidad de las normas de derechos humanos.²⁸

Así, sostuvo que el parámetro de análisis que deben ejercer todos los jueces del país, incluidos los federales a través de su jurisdicción de amparo, se entiende, se integra por los elementos normativos siguientes: *a)* los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (con fundamento en los artículos 1 y 133), así como la jurisprudencia emitida por los tribunales del Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte y Tribunales Colegiados de Circuito); *b)* los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; *c)* los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y *d)* los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de dicha Corte cuando el Estado mexicano no haya sido parte.²⁹ De nueva cuenta, el objeto del juicio de amparo tendría en estas directrices, unas orientaciones más precisas acerca del sentido de su extensión.

526

Ahora bien, la Corte también introduce una especie de recetario metodológico para hacer frente a ese complejo sistema de control de regularidad, en lo que denominó como «pasos a seguir» para su operatividad, con especial atención al principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Estableció que la posibilidad de inaplicar leyes por los jueces del país no supone el desconocimiento de dicho principio, sino que estos deben partir de esa presunción y realizar de esta manera

²⁸ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «El control judicial interno de convencionalidad», incluido en el libro: AA. VV., *Control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* [E. FERRER MAC-GREGOR, coord.], Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2012, pp. 211-243.

²⁹ Tesis aislada P. LXVIII/2011 (9a.). mayoría de 7 votos; votaron en contra los ministros AGUIRRE ANGUIANO, PARDO REBOLLEDO y AGUILAR MORALES.

un contraste constitucional de las leyes, previo a su aplicación a los casos concretos.

Así, al ejercer el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, la Corte estableció que deben realizarse los siguientes «pasos»: a) «Interpretación conforme en sentido amplio», que significa que los jueces del país «y todas las demás autoridades del Estado mexicano» deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) «Interpretación conforme en sentido estricto», que significa que cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, los jueces deben preferir aquella que haga a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte,³⁰ «para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos»; y, c) «Inaplicación de la ley» cuando no sea posible efectuar una interpretación conforme de la norma analizada, frente a la Constitución.³¹

527

c) *La Contradicción de Tesis 293/2011: una construcción implícita del objeto de protección*

La contradicción de tesis 293/2011 produjo los criterios más trascendentes, hasta la fecha, para la definición de los alcances de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, desde el Expediente Varios 912/2010. Una de las razones que justificaron la necesidad de estudiar el fondo de esta contradicción consistió en que la resolución

³⁰ Cfr. CABALLERO OCHOA, José Luis, «La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1, segundo párrafo, de la Constitución)», en: AA. VV. *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma. Op. cit.*, pp. 103-133.

³¹ Tesis aislada P. LXIX/2011 (9a), mayoría de 7 votos; votaron en contra: ministros AGUIRRE ANGUIANO, PARDO REBOLLEDO y AGUILAR MORALES.

del expediente varios no zanjó el tema de la jerarquía de los tratados en materia de derechos humanos. Por consiguiente, pese a que tampoco se trató de dotar de específico contenido interpretativo al artículo 103 constitucional, lo cierto es que la resolución de esta contradicción debe tenerse también como definitoria del objeto de protección del nuevo juicio de amparo, al haberse generado un criterio angular del orden constitucional. Además, la importancia de este asunto se cifra en que sí generó jurisprudencia y que se decidió en un momento en el que ya se encontraban en vigor tanto la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, como la nueva Ley de Amparo (vigente, como se ha dicho, a partir del 3 de abril de 2013, de conformidad con el artículo único transitorio del decreto respectivo).

528

En esta contradicción de tesis, la Corte definió dos temas fundamentales. En primer lugar, la relación que deben mantener la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Ello repercutió, entre otras tantas cosas, en la configuración del parámetro de control de regularidad de todo acto de autoridad —pública o privada— lo cual, en lo que aquí interesa, repercute inmediatamente en la dimensión de los alcances del artículo 103 constitucional, dada su ilación lógica e ineluctable con la reforma constitucional de los derechos humanos. En segundo lugar, la Corte reconsideró el grado de obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano no figuró como parte, en el orden jurídico nacional.

La conclusión a la que se llegó fue que los derechos humanos de fuente internacional tienen rango constitucional pero que, en caso de que estos se enfrenten a una restricción expresa de la Constitución, debe estarse a lo que esta señale.³² Además, se determinó que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, in-

³² Determinación que se alcanzó por mayoría de 10 votos, con el voto en contra del ministro Cossío Díaz.

cluida aquella emanada de casos en los cuales el Estado mexicano no fue parte, es obligatoria en el orden jurídico mexicano, siempre que resulte más favorable para las personas.³³

En consecuencia, el Tribunal Pleno, al haber admitido el mismo nivel normativo de los derechos reconocidos por la Constitución Federal con el de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, implícitamente dotó de contenido literal al artículo 103, fracción I, de la propia Constitución a los efectos de la tutela jurisdiccional por los tribunales de la Federación de todos esos derechos. En ese sentido, se confirma el ensanchamiento del objeto de protección del juicio de amparo, que es ahora un juicio para la tutela directa de los derechos humanos de fuente internacional. Y lo es tomando en cuenta su contenido no solo normativo, sino en el jurisprudencial que le sea dotado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en sus sentencias.

529

d) *La Contradicción de Tesis 21/2011-PL: La reconfiguración del amparo directo en revisión ante la Suprema Corte*

Inmediatamente después de resolver la contradicción de tesis 293/2011, en las sesiones del 5 y 9 de setiembre de 2013, el Tribunal Pleno discutió otro tema de gran relevancia al resolver la contradicción de tesis 21/2011-PL. Aunque este asunto siguió la estela argumentativa de la contradicción previa, su problemática presentó particularidades propias, de notable complejidad técnica y con un impacto también inmediato en la práctica del juicio de amparo. En este caso, se discutió acerca de la repercusión de la nueva condición jurídica de los derechos humanos de fuente internacional en el ejercicio de una de las principales competencias de la Suprema Corte: el amparo directo en revisión.

³³ Esta decisión se adoptó por mayoría de 6 votos, con los votos en contra de la ministra LUNA RAMOS y los ministros FRANCO GONZÁLEZ SALAS, PARDO REBOLLEDO, AGUILAR MORALES y PÉREZ DAYÁN. Al momento en que se escriben estas líneas, el asunto se encuentra pendiente de «engrose».

En concreto, el punto a resolver en esta contradicción «en la que fueron las dos Salas de la propia Corte los órganos jurisdiccionales en discrepancia» era el siguiente: si el problema de compatibilidad entre una ley y un tratado internacional es una «cuestión de constitucionalidad» o una «cuestión de legalidad» a efecto de decidir la procedencia de un amparo directo en revisión ante la Corte.

La Primera Sala sustentó la tesis de que esa problemática redundaba en una cuestión de constitucionalidad y que, por tanto, la revisión es procedente. Por el contrario, la Segunda Sala estableció que ese problema era una cuestión de legalidad y que, de este modo, no reunía el mérito suficiente para admitir la revisión. Desde que emitieron sus respectivos criterios, ambas salas los venían aplicando en los asuntos materia de sus respectivas competencias, con lo cual las líneas jurisprudenciales que fueron desarrollándose marcaron una riesgosa incertidumbre para los justiciables que decidieron proponer ante la Corte la revisión de sentencias de amparo directo, emitidas por Tribunales Colegiados de Circuito.

530

Como se sabe, desde la perspectiva procesal, la procedencia del recurso de revisión es excepcional, como reiteradamente afirma la Corte en las resoluciones de desechamiento de estos recursos. Así, excepcional es también el acceso de los justiciables a la jurisdicción del máximo tribunal del país. Para la Primera Sala, el problema jurídico planteado en la contradicción abre la puerta de la Corte. Para la Segunda Sala, no. Así, la conclusión de este asunto se traducía en la definición de un estándar elemental a partir del cual la Corte, de ahora en adelante, debe analizar las pretensiones jurídicas que soliciten la revisión de sentencias de los Tribunales Colegiados, en materia de derechos humanos.

Pues bien, el Tribunal Pleno, con base en lo decidido en la contradicción de tesis 293/2011, resolvió que un problema de compatibilidad entre un tratado internacional y una ley es una «cuestión de constitucionalidad» si está en juego determinar el alcance de un dere-

cho humano. Cualquier discrepancia normativa que se ventile en este sentido en un juicio de amparo, debe entenderse como una «cuestión constitucional». Esta decisión precisó una acotación: si ese problema de fuentes no involucra la aplicación de un derecho humano, entonces debe considerarse que el problema permanece en la condición de «cuestión de legalidad», terreno en el cual las sentencias de los Tribunales Colegiados son definitivas e inatacables.

Como se ha reiterado, el artículo 103 constitucional, fracción I, expresamente establece que el amparo procede contra violaciones a «los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por (la) Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte». Sin embargo, en cuanto al recurso de revisión, el artículo 107 sigue expresando que la materia del recurso «se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras» (fracción IX).

531

En el asunto que se comenta, la Suprema Corte interpretó que ahí donde el artículo 107 expresa que en la revisión deben tratarse cuestiones «propiamente constitucionales», debe leerse en el sentido de que abarca las «cuestiones propiamente convencionales de derechos humanos». Es decir, ahora este precepto debe leerse en el sentido de que procede la revisión contra sentencias de amparo que resuelvan sobre la convencionalidad de normas generales, o establezcan la interpretación directa del precepto de un tratado de derechos humanos, u omitan hacerlo, habiéndose planteado en la demanda de amparo. A ello debe añadirse que la cuestión planteada debe revestir un criterio de importancia y trascendencia (por ejemplo, si no existe jurisprudencia de la Corte aplicable al tema de que se trata).³⁴ Así, se formaliza la interpretación

³⁴ Véase el punto primero (procedencia) del «Acuerdo número 5/1999, del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y nueve, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo».

del Pleno en el sentido de que, para la Corte, no es indiferente lo resuelto por los Tribunales Colegiados respecto a la interpretación de derechos humanos de fuente internacional en un juicio de amparo directo.

Por lo demás, debe recordarse que ha sido la propia nueva Ley de Amparo la que se encargó de reconocer, en su artículo 81, fracción II, la procedencia de la revisión en amparo directo contra las sentencias que establezcan la interpretación directa de un precepto constitucional o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, en los términos que a continuación se transcriben:

Art. 81. Procede el recurso de revisión:

[...]

II. En amparo directo, en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, u omitan decidir sobre tales cuestiones* cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de acuerdos generales del pleno.

La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.

Si bien, un tanto contradictoriamente, la última parte de esta fracción insiste (como lo hace la última parte de la fracción IX del artículo 107 constitucional) que la materia del recurso se «limitará» a las «cuestiones propiamente constitucionales», el artículo 96 de la propia Ley de Amparo vigente arroja mayores elementos de análisis sobre la precisión del sentido expansivo de esta expresión, al establecer que, cuando se trate de la revisión de sentencias de amparo directo pronunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito:

[...] la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá únicamente sobre la constitucionalidad de la norma general impugnada, o sobre la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.*

Lo transcrito no podría significar otra cosa que, en la línea de lo decidido en la contradicción de tesis 21/2011-PL, la literal «cuestión propiamente constitucional» abriga una implícita vertiente de «cuestión de convencionalidad en materia de derechos humanos», como característica neurálgica del nuevo sistema del amparo mexicano.

Para finalizar, no está de más mencionar que el Acuerdo General 5/2013, del Pleno de la Suprema Corte,³⁵ aprobado en mayo de 2013, establece una regla análoga a la explicada, ahora aplicable al amparo indirecto, cuando en su punto cuarto, fracción I, inciso B), dejó establecido lo siguiente:

533

Cuarto. De los asuntos de la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con las salvedades especificadas en los Puntos Segundo y Tercero de este Acuerdo General, corresponderá resolver a los Tribunales Colegiados de Circuito:

I. Los recursos de revisión en contra de sentencias pronunciadas por los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito, cuando: [...]

b) En la demanda se hubiere impugnado una ley local, un reglamento federal o local, o cualquier disposición de observancia general, *salvo aquéllos en los que el análisis de constitucionalidad respectivo implique fijar el alcance de un derecho humano previsto en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, respecto del cual no exista juris-*

³⁵ Su denominación oficial es: «Acuerdo General número 5/2013, de trece de mayo de dos mil trece, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los asuntos que el Pleno conservará para su resolución, y el envío de los de su competencia originaria a las salas y a los tribunales Colegiados de Circuito», publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de mayo de 2013.

prudencia del Pleno o de las Salas de este Alto Tribunal, sin menoscabo de que la Sala en la que se radique el recurso respectivo determine que su resolución corresponde a un Tribunal Colegiado de Circuito. [...] (cursivas agregadas).

5. Prospectiva y retos

A partir de los criterios descritos en el apartado anterior, provenientes de asuntos resueltos por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte «que podrían merecer la categoría de lo que en la doctrina se conoce como *leading cases*», y de las renovadas premisas construidas a partir de ellos, cabe preguntarse acerca de la prospectiva y los retos que representan las reformas constitucional y legal del objeto de protección que, bajo su nuevo esquema, caracteriza al juicio de amparo.

534

Ha transcurrido poco tiempo desde que entró en vigor la nueva Ley de Amparo, y, consecuentemente, muchos son los interrogantes que se desprenden en ese sentido. Por cuestiones de espacio, y de debida prudencia, solamente destacaré cinco retos que la temática que se ha tratado presenta para los operadores y estudiosos del derecho de amparo mexicano.

En primer lugar, se tiene que, con el criterio adoptado por la Suprema Corte en la referida contradicción de tesis 293/2011, estamos ante la presencia de un catálogo de derechos humanos en la Constitución dentro del cual deben considerarse insertos los existentes en tratados internacionales. Así, el objeto del amparo se dirige hacia un universo difuso e indeterminado de ese catálogo. El problema de esta representación es que el grado de ensanchamiento de ese catálogo – que equivale al grado de amplitud del parámetro de control de regularidad– resulta directamente proporcional al grado de incerteza de las normas que lo integran. En estas condiciones, el ejercicio de fijación de ese parámetro es, *a priori*, intencionalmente infinito. Además, esa falta de confines normativos equivale a una ausencia de precisión *ex ante* de los deberes exigibles a los poderes públicos. En este sentido, un

reto de la jurisdicción de amparo ante los tribunales de la Federación es no solo la construcción, sino también una sistemática acotación normativa, de los derechos humanos tutelables en el actual régimen de amparo.

En segundo lugar, se encuentra el problema cuya discusión inagotada finalmente desencadenó el criterio jurisprudencial surgido de la contradicción de tesis 293/2011, que es el relativo al modo de operar las restricciones expresas de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, frente a su eventualmente dispar configuración normativa en el orden internacional. Es bien sabido que prevalecen en el texto constitucional mexicano un cúmulo de restricciones explícitas a ciertos derechos que no son necesariamente armónicas con los estándares internacionales de esos mismos derechos, ya sea a nivel normativo o incluso a nivel jurisprudencial. La aplicación concreta de esta confluencia de órdenes normativos en estos casos planteará serios retos a los tribunales de la Federación, tomándose en cuenta que la determinación de la Corte ha sido clara en el sentido de que no puede llegarse al extremo de inaplicar esas restricciones, pese al igual nivel jerárquico de los derechos humanos de fuente internacional.

535

En tercer lugar, puede enunciarse el reto que plantea el tratamiento judicial de disposiciones contenedoras de derechos que, perteneciendo formalmente a tratados internacionales, estos no tengan por objeto la configuración de derechos humanos, sino otras materias más o menos diversas. No está claro si podrían resultar amparables derechos de una fuente «especial» simplemente por perseguir el tratado que los recoge propósitos de tipo económico, fiscal, o de otra índole (piénsese en el ejemplo, ya clásico, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).

En cuarto lugar, se encuentra el dilema de si resultaría admisible la tutela autónoma (es decir, sin conexión necesaria con algún derecho constitucional), de un derecho consagrado, por ejemplo, en la Conven-

ción Americana de los Derechos Humanos, que se plantee en el capítulo de derechos violados de una demanda de amparo. Este supuesto podría resultar el conducente en supuestos de derechos consagrados en la Convención que no encuentren un asidero específico en la Constitución mexicana (piénsese, por ejemplo, en el derecho a la personalidad jurídica, establecido en su artículo 3; o el derecho al nombre, reconocido en su artículo 18).³⁶

536

En quinto lugar, puede simplemente enunciarse algunos otros problemas que tienen como común denominador su inédita irrupción en el sistema nacional del amparo desde el derecho internacional, como son el aún indefinido alcance y consecuente operatividad de instrumentos internacionales que no revisten formalmente la calidad de tratados (piénsese en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por ejemplo); o el diverso problema que plantea el valor jurídico también incierto de acuerdos o determinaciones distintas de las sentencias, como pueden ser las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, haya o no participado como parte, en el respectivo procedimiento, el Estado mexicano.

Se trata solamente de una enunciación básica de un cúmulo exponencial de problemáticas y retos que plantea no solo la construcción jurisprudencial del objeto de protección del nuevo juicio de amparo, sino del entero sistema de derechos humanos en el orden jurídico mexicano. Será en un futuro, probablemente no tan distante, cuando se continúen edificando los cimientos asequibles a la profunda transformación jurídica del modelo de amparo y de los derechos por él tutelados, en la cual se encuentra inmerso el Estado mexicano en la hora presente.

³⁶ Cfr. CORZO SOSA, Edgar, «Estudio introductorio», *Nueva Ley de Amparo 2013*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 16. En la doctrina, autores como Eduardo Ferrer MAC-GREGOR y Rubén SÁNCHEZ GIL se han pronunciado positivamente en ese sentido. Cfr. su libro *El nuevo juicio de amparo*, cit. *supra* nota 20, p. 5.

El proceso constitucional: parte integral del derecho procesal constitucional

✍ HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA*

Ernesto Rey Cantor¹ define el proceso constitucional como un conjunto de actos procesales coordinados entre sí, provenientes del juez constitucional competente (en ejercicio de jurisdicción constitucional), o de las partes, cuyo objeto es la defensa de la supremacía de la Constitución o la protección de los derechos humanos.

537

El profesor Osvaldo Alfredo Gozaíni², por su parte define los procesos constitucionales como las distintas formas adjetivas destinadas a respaldar las garantías fundamentales y demás derechos del hombre,

* Abogado, con estancia Postdoctoral en Derecho Constitucional como Becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España y en Historia en la Universidad del País Vasco como becario de AUIP; Profesor Asociado; Director del Programa de Humanidades en la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas; Director de Estudiantes del Programa de Filosofía y Director del Grupo de Investigación en Derecho, Ética e Historia de las Instituciones «Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé» de la Universidad de La Sabana, donde es profesor de Democracia, Globalización y Conflicto; Introducción al Derecho Administrativo y, Responsabilidad Profesional. Es Investigador Asociado en COLCIENCIAS e Investigador de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra. Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Miembro Correspondiente extranjero de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales y Miembro de Honor del Muy Ilustre y Bicentenario Colegio de Abogados de Lima.

¹ REY CANTOR, ERNESTO. *Derecho Procesal Constitucional. Derecho Constitucional Procesal. Derechos Humanos Procesales*. Ediciones Ciencia y Derecho. Breviarios Jurídicos. N° 9, Bogotá, D.C., 2001, p. 88.

² REY CANTOR, ERNESTO. *Op. Cit.*, p. 51.

dándoles un cauce adecuado y posiblemente para la tutela, protección y fomento de ellos.

Finalmente, Néstor Pedro Sagüés³ define el proceso constitucional, según la doctrina material, en los siguientes términos:

Para ella, los procesos constitucionales se ocupan sustancialmente de tutelar el principio de supremacía constitucional (meta principal) y de proteger los derechos públicos subjetivos. Están comprendidos en tal esfera, por ende, los recursos, acciones de amparo, hábeas corpus, inconstitucionalidad, exequibilidad, recurso extraordinario, etc. No importa dónde y ante quién se diligencien (jurisdicción judicial, administrativa, ordinaria, especializada, etc.). También podría incluir los procedimientos constitucionales de destitución de autoridades públicas (juicio político, *recall*, exclusión de las Cámaras), los de solución de conflictos de poderes y de dilucidación de otros asuntos gubernativos de competencia. En sentido amplio, pues, se entenderá por proceso constitucional un conjunto de actos relacionados entre sí y de índole teleológica, realizados por o ante la magistratura constitucional, y que permite desarrollar la actividad jurisdiccional constitucional.

538

La profesora Diana María Ramírez Carvajal de la Universidad de Medellín⁴, afirma que *el Derecho Procesal en Colombia, se ha sustentado tradicionalmente en un derecho procedimental formalista, estudiado, aprendido y enseñado desde la literalidad de la norma codificada*, esencia que la autora cataloga de deficiente, sí, es cierto, pero ¿y dónde están las soluciones sabiendo que todo el nuevo derecho procesal constitucional se integra de procedimientos diseminados en multiplicidad de normas?

En lo que sí estamos de acuerdo con Ramírez Carvajal, es que el

³ Citado por REY CANTOR, Ernesto, *Op. Cit.*, pp. 52-53.

⁴ RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. *Hacia la construcción de un Derecho Procesal constitucional para Colombia*. En: *Nuevas tendencias del Derecho Procesal constitucional y legal*. Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2005, p. 78.

derecho procesal, expuesto con la denominación «eficacia» se une con el valor justicia para la realización y materialización de la norma, lo cual corresponde en parte a nuestra propuesta futura, *el desarrollo práctico del derecho fundamental al debido proceso y sus ejes problemáticos: juez natural, doble instancia, respeto por los derechos fundamentales, contradicción, defensa y procedimiento adecuado.*

Incluso, en algunos países existen *Leyes o Códigos Procesales Constitucionales* que, de manera unitaria y general, regulan los procesos constitucionales.

- Leyes o códigos procesales constitucionales: Argentina (provincia de Entre Ríos y Tucumán), Costa Rica, Guatemala, y el Perú; además existen anteproyectos de leyes en El Salvador y Honduras.
- Igualmente en México desde el año 2000 se ha buscado crear un Código Procesal Constitucional Federal, debido a las reformas en las constituciones de los estados de Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, Guanajuato, Chiapas, Quintana Roo, Nuevo León y el estado de México, entre ese año y el 2004.

539

En el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de supremacía constitucional. De ahí la existencia de diversos tipos de procesos, los cuales responden a necesidades diversas y dentro de los que encontramos los siguientes en el ordenamiento colombiano, que esperamos y es nuestro proyecto para el 2010, se integren en una ley por medio de la cual se adopte en Colombia un Código de Derecho Procesal Constitucional similar al del Perú, pero más sistematizado:

- El proceso constitucional propiamente dicho, artículos 239 y siguientes del Estatuto Superior y decreto 2067 de 1991, entre los que se encuentran:
 - a. Demandas promovidas por los ciudadanos contra actos reformativos de la Constitución, por vicios de procedimiento en su formación (art. 241, ord. 1).

- b. Demandas contra la constitucionalidad de la ley por medio de la cual se convoca un referendo o una asamblea nacional constituyente, las dos, con el propósito de enmendar la Constitución (art. 241, ord. 2).
- c. Las demandas en contra de la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional (art. 241, ord. 3).
- d. Las demandas ordinarias contra la constitucionalidad de las leyes (art. 241, ord. 4).
- e. Los procesos que se siguen con ocasión de las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos en contra de los decretos con fuerza de ley, y dictados por el gobierno nacional con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución (art. 241, ord. 5).
- f. La revisión oficiosa de la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno nacional con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución (art. 241, ord. 7).
- g. La revisión de la constitucionalidad de las objeciones presidenciales cuando los proyectos de ley sean objetados como inconstitucionales (art. 241, ord. 8).
- h. La revisión oficiosa de la constitucionalidad de los proyectos de ley estatutaria (art. 241, ord. 8).
- i. La revisión oficiosa de la constitucionalidad de los tratados públicos internacionales y de las leyes que los aprueben (art. 241, ord. 10).
 - La acción de tutela, artículo 86 Superior, decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000.
 - La acción de cumplimiento, artículo 87 Superior, ley 393 de 1997.
 - Las acciones populares y de grupo, artículo 88 Superior, ley 472 de 1998.

- Las acciones en pro del orden jurídico, artículo 89 Superior.
- La acción de repetición, artículo 90 Superior, Ley 678 de 2001.
- El hábeas corpus, artículo 28 Superior y Ley 1095.
- Protección del hábeas data, artículo 15 superior.
- Excepción de inconstitucionalidad, artículo 4 superior.
- Pérdida de investidura, artículo 184 Superior y Ley 144 de 1994.
- Revocatoria del mandato, artículo 40 superior.
- Derecho de petición e insistencia ante las autoridades, artículos 23 y 74 superior, Ley 57.
- Procesos del Contralor General de la República, artículo 267 Superior.
- Excusas para comparecer ante el Congreso de la República, artículos 137 y 241, N° 6 superior y artículo 47 del Decreto 2067 de 1991.
- La moción de censura, artículos 135, 141 y 183 superior.
- Juzgamiento del Presidente de la República y de los funcionarios con fuero constitucional, leyes 5 de 1992 y 273 de 1996.
- Los procesos constitucionales que se incluyen en los diversos tratados y convenios internacionales aprobados por Colombia y que hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

De ese listado que he elaborado, tal vez arbitrariamente, se deduce una razón de existencia de esos procesos, que se resume en lo que ya expresó nuestra Corte Constitucional, *el sentido y el propósito de los procesos de constitucionalidad no es otro distinto de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*⁵.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 2000. M.P., Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

La jurisdicción constitucional colombiana fue creada por el Constituyente de 1991 como una función pública a cargo de distintos organismos, cuya misión es preservar la supremacía e integridad de la Constitución, asegurando que todos los poderes públicos actúen dentro de los límites que ella misma establece y, mediante el diseño de diversos mecanismos⁶, muchos de ellos ya citados en el acápite dedicado al Derecho procesal constitucional según nuestra categoría, y entre los que generalmente están:

- a. El proceso⁷ de control de constitucionalidad dirigido a que la Corte excluya del ordenamiento las leyes contrarias a sus dictados, previo el ejercicio ciudadano de la acción pública prevista para tal fin (arts. 241 a 244 de la Constitución)⁸,
- b. La acción de nulidad por inconstitucionalidad, confiada al Consejo de Estado, en virtud de igual ejercicio y con igual objetivo, pero respecto de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo control no haya sido confiado a la Corte (art. 237 de la Constitución)⁹,
- c. El control automático de los decretos legislativos dictados en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 212, 213 y 214 de la Constitución¹⁰,

⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-739 de 2001, M.P., Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁷ Se denominan procesos constitucionales, las distintas formas adjetivas destinadas a respaldar las garantías fundamentales y demás derechos del hombre, dándoles un cauce adecuado y posiblemente para la tutela, protección y fomento de ellos. GOZAINI, Osvaldo Alfredo. La Justicia Constitucional. Garantías, procesos y tribunal constitucional. Depalma, Buenos Aires, 1994, página 206, citado por REY CANTOR, Ernesto. *Derecho Procesal Constitucional - Derecho Constitucional Procesal - Derechos Humanos Procesales* Ediciones Ciencia y Derecho. Breviarios Jurídicos N° 9, Bogotá, D.C., 2001, p. 51.

⁸ Cfr., entre otras, las Sentencias C-536 y C-592 de 1998; C-013, C-290, C-380 y C-562 de 2000 de la Corte Constitucional.

⁹ Cfr. las sentencias C-513 de 1994 y C-600 de 1998, entre otras de la Corte Constitucional.

¹⁰ En relación con el control automático, Cfr. sentencias C-004 y C-579 de 1992, C-179 de 1994 y C-122 de 1999, entre otras. En relación al control de los tratados inter-

- d. La revisión previa de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben¹¹,
- e. La inaplicación por parte de todas las autoridades, sin el requisito de previa solicitud, de las leyes o normas que la contrarían (art. 4 de la Constitución)¹², denominado excepción de inconstitucionalidad.
- f. La observancia de sus preceptos a todos los campos mediante el imperativo reconocimiento al orden jurídico constitucional en todas las cuestiones de la vida nacional (arts. 83 a 94 de la Constitución)¹³,
- g. La inclusión de la Constitución como fuente primaria de las decisiones judiciales (art. 230 de la Constitución)¹⁴.
- h. Otros como el hábeas corpus, la protección del hábeas data, el proceso de pérdida de investidura para miembros de cuerpos colegiados, la revocatoria del mandato de gobernadores y alcaldes, el derecho de petición y su insistencia, las acciones del contralor, el trámite de urgencia de las leyes, etc.
- i. El ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el principio de supremacía de la Carta incluido en el artículo 4° Superior y sobre el cual se han referido particularmente algunas sentencias de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado¹⁵.

nacionales, pueden verse las Sentencias C-178 de 1995, C-682 de 1996, C-246 de 1999, C-400 de 1998, C-426 y C-1139 de 2000, entre otras.

¹¹ Cfr. mi libro *Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Colombia*. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Ediciones La Constitución y Ediciones Universidad de La Sabana, Bogotá, D.C., 1995.

¹² Cfr., entre otras, las Sentencias C-434 y C-479 de 1992, C-281 de 1994, C-069 de 1995, C-037 de 1996, C-600 de 1998 y T-522 de 2001 de la Corte Constitucional.

¹³ Cfr., entre otras, las Sentencias C-176 de 1994 y SU-111 de 1997 de la Corte Constitucional.

¹⁴ Cfr., las Sentencias C-486 de 1993, T-296, T-505 y C-558 de 1994 y, T-294 de 1995, entre otras de la Corte Constitucional.

¹⁵ Cfr. De la Corte Constitucional: T-468 de 1992, T-490 DE 1992, T-576 DE 1992,

Tenemos entonces que, con la aparición de la Constitución de 1991, surgió una Corte Constitucional que, además de su gran prolijidad para emitir resoluciones dentro de los precisos términos que la Constitución y las leyes le establecen, ha sido muy polémica en algunos de sus fallos (*v. gr.* eutanasia, dosis personal, aborto, etc.), pero que sin lugar a dudas, cumpliendo expresamente con los propósitos que orientan la actividad de los jueces, relacionados entre otros en el Preámbulo y con los artículos 1¹⁶ y 2¹⁷ de la Carta Política, ha propugnado por la promoción y protección de la dignidad de la persona¹⁸

T-612 DE 1992, T-175 DE 1993, T-425 DE 1993, T-206 DE 1994, T-302 DE 1994, T-384 DE 1994, T-450 DE 1994, T-279 DE 1995, C-306 DE 1996, T-318 DE 1997, Auto 059 de 2001, etc. ; de la Corte Suprema de Justicia la Sentencia T-7438 del 4 de noviembre de 1999 ; del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera): Expediente 5015 del 8 de octubre de 1998, Expediente ACU 868 del 9 de setiembre de 1999, Expediente 5518 del 25 de mayo de 2000; (Sección Segunda): Expediente 13483 del 5 de marzo de 1998, Expediente 12511 del 12 de marzo de 1998, Expediente 12605 de 1998, Expediente 15637 del 30 de julio de 1998; Expediente 16861 del 10 de setiembre de 1998, Expediente 16186 del 10 de diciembre de 1998; (Sección Tercera): Expediente 10158 del 18 de noviembre de 1999; (Sección Cuarta): Expediente 9945 del 9 de junio de 2000 y, (Sección Quinta): Expediente 2182 del 16 de setiembre de 1999, según un estudio realizado por el profesor Luis Javier MORENO ORTIZ de la Universidad «Sergio Arboleda».

¹⁶ «Artículo 1. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. En: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Op. cit.*

¹⁷ Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares» .En: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Op. Cit.*

¹⁸ Sobre el particular, la doctora Ilva Myriam Hoyos, antigua Decana de la Facultad de

y por el respeto de la vida, la justicia, la libertad y la igualdad, para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta.

En lo que se refiere específicamente al mecanismo de amparo y protección de los derechos fundamentales, es decir, a la acción de tutela, esta se ejerce y desarrolla a través de la jurisdicción constitucional, la cual, como ya se mencionó, por expresa disposición superior la integran todos los jueces de la República (art. 86)¹⁹, quienes a su vez *son jerárquicamente inferiores a la Corte Constitucional*, por cuanto dicho Tribunal actúa como órgano límite o de cierre de esa jurisdicción, a través de la revisión de las decisiones judiciales que por la vía del amparo o de la tutela²⁰ se proferan; atribución que ejerce la Corte en forma libre y

Derecho de la Universidad de La Sabana, ha dicho lo siguiente: «La Constitución Política de Colombia establece como principio fundamental de todo el ordenamiento jurídico y de la organización política, el respeto a la dignidad de la persona humana, principio sobre el cual se estructura el Estado Social de Derecho. El Estado no es la base para comprender lo que sea, en términos del Preámbulo de la Constitución, el orden político, económico y social justo, porque él se explica y fundamenta en la dignidad de la persona humana. Sin referencia a la persona no podría existir el Estado, ni este tendría como notas esenciales el ser Social ni de Derecho [...] Es todo un acierto que el Constituyente de 1991 haya aceptado que el orden político y jurídico se funda en la dignidad de la persona y en los derechos que son inherentes o esenciales a ella. Decimos acierto, porque corresponde con el ser mismo de aquello que se estructura u ordena. Hemos de recordar que la Constitución en un sentido material significa la conformación, el orden, la estructura de un ente o de una realidad. La persona y los derechos que le son propios configuran la estructura fundamental de la sociedad, la *constitutio* de la comunidad política», en: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Op. cit.*

545

¹⁹ Sin embargo, el Decreto 1382 de 2000, estableció unas competencias para el conocimiento de las acciones de tutela por parte de los jueces de las diferentes jurisdicciones, modificando el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y reglamentando el artículo 86 Superior.

²⁰ La consagración de la acción de tutela como medio judicial especial para la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los nacionales y extranjeros en Colombia, ha venido a constituir, sin lugar a dudas, una de las innovaciones y de los logros más importantes atribuidos a la reforma constitucional de 1991. Las condiciones en que ha sido concebida buscan garantizar que, en forma ágil y oportuna, el funcionamiento del Estado se dé dentro de las pautas trazadas por la voluntad constituyente, evitando que las autoridades públicas utilicen el poder para servir a intereses que no sean los propios de la comunidad y de cada uno

discrecional con el fin de unificar la jurisprudencia sobre la materia y de sentar bases sólidas sobre las que los demás administradores de justicia se puedan inspirar al momento de pronunciarse acerca de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano²¹.

Por tanto, la función judicial encargada a la Corte Constitucional, así como las atribuciones y potestades que le son asignadas constitucional y legalmente para cumplirla, deben entenderse enmarcadas dentro de los límites que la Carta de 1991 establece, basados en el contenido del derecho de acceso a la administración de justicia, el que implica también el derecho a recibir un tratamiento igualitario²².

Para la jurisprudencia²³ colombiana²⁴, la igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrada

546

de sus miembros, desconociendo las garantías ciudadanas reconocidas por la Constitución. Como es sabido, por disposición del constituyente, el objeto de la acción de tutela se concentra en brindar una protección «inmediata» de los derechos fundamentales, cuando estos han sido violados o amenazados por «cualquier autoridad pública» o por los particulares en los casos que determine la ley. Examinada desde esa óptica, comporta el medio judicial expedito para salvaguardar tales garantías del uso arbitrario del poder, sin que resulte relevante la autoridad de la cual procede la afectación - administrativa, legislativa o judicial -, ya que el amparo constitucional es predicable de todos los servidores del Estado sin excepción, e incluso, según se expresó, de ciertos particulares.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Dr. Vladimiro NARANJO MESA.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 1993. M.P. Dr. Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO. Allí se dijo: «El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 *idem*, de tal manera que el derecho a «acceder» igualitariamente ante los *jueces implica no solo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse* por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales».

²³ *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. En el Digesto se lee la definición de Ulpiano, para quien la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

en el artículo 13²⁵ de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades, recogidos en el *test de igualdad*.

Estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y, como consecuencia, materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley.

La primera está dirigida a impedir que el legislador o el Ejecutivo en ejercicio de su poder reglamentario concedan un tratamiento jurídico a situaciones de hecho iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. La segunda, en cambio, vincula a los jueces y obliga a aplicar las normas de manera uniforme a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, lo que excluye que un mismo órgano judicial modifique arbitrariamente el sentido de decisiones suyas anteriores.

547

La comprensión integrada de estas dos garantías resulta indispensable para darle sentido a la expresión «*imperio de la ley*», al cual están sometidos los jueces, según el artículo 230 de la Constitución co-

²⁵ Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan». En: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Op. cit.*, p. 87.

lombiana²⁶, que establece que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial, lo que se complementa con el artículo 228 Superior, según el cual la administración de justicia²⁷ es una función pública, sus decisiones son independientes, sus actuaciones son públicas y permanentes y funcionamiento es desconcentrado y autónomo.

La autonomía judicial y el tradicionalismo de fuentes²⁸, son los lemas que adoptó la Corte Constitucional durante su primera década

²⁶ En efecto, cualquier sistema jurídico, ético, moral y en fin, cualquier sistema de regulación que pretenda ordenar la conducta social humana necesita reducir la multiplicidad de comportamientos y situaciones a categorías más o menos generales. Solo de esta forma puede dicho sistema atribuir consecuencias a un número indeterminado de acciones y situaciones sociales. En un sistema de derecho legislado, estas consecuencias jurídicas se atribuyen mediante la formulación de normas escritas, generales, impersonales y abstractas. Estas características de la ley, si bien son indispensables para regular adecuadamente un conjunto bastante amplio de conductas sociales, implican también una limitación en su capacidad para comprender la singularidad y la complejidad de las situaciones sociales, y por lo tanto, no es susceptible de producir por sí misma el efecto regulatorio que se pretende darle, y mucho menos permite tratar igual los casos iguales y desigual los desiguales. Para que estos objetivos sean realizables, es necesario que al texto de la ley se le fije un sentido que le permita realizar su función normativa. Ver C-836 de 2001, ya citada.

²⁷ La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. Cfr. Ley 270 de 1996, artículo 1. Los principios de la Administración de Justicia son: Derecho de Defensa, Celeridad, Autonomía e Independencia de la Rama Judicial, Gratuidad, Eficiencia, Alternatividad y Respeto de los Derechos.

²⁸ El tradicionalismo de fuentes se expresa en las interpretaciones que la Corte a diferentes normas, entre las cuales está el artículo 21 del Decreto-Ley 2067 de 1991, al expresar este que «Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares», disposición que sugiere una amplia consagración del valor obligatorio del precedente constitucional, aunque para la Corte Constitucional solo se dedica a reiterar el texto del artículo 243 Superior, lo cual ratifica en la siguiente expresión: «*en rigor, no quita ni pone rey, por ser redundante*», Cfr. Corte Constitucional. C-113 de 1993, M.P. Dr. Jorge ARANGO MEJÍA.

con mayor propiedad. Sobre el primero –autonomía judicial–, se expresó en los siguientes términos:

[...] La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la integridad y supremacía de la Constitución porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel.²⁹

Esta función pública de administrar justicia, así como la función creadora del juez en su jurisprudencia, se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo a la realidad social sin ir en contra de la ley³⁰.

549

²⁹ Esta frase del doctor Jorge ARANGO MEJÍA, se parece a la respuesta que Ferdinand Lassalle se da en su estudio *¿Qué es una Constitución?*, cuando se pregunta lo siguiente: «Empero, ¿cuándo es lícito afirmar de una Constitución escrita que es buena y duradera? La respuesta es evidente, señores, y como es lógico, se deriva de cuanto hemos expuesto: cuando dicha Constitución escrita corresponda a la Constitución real, a aquella que se basa en los factores de poder imperantes en la nación. Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país». En: LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Bogotá: Editorial Panamericana, 1996, p. 29.

³⁰ «Se trata de no burlar la ley y, a la vez, de no introducir perturbaciones en la vida social. La ley regula y conforma la realidad social y, por eso, la vida social debe acomodarse a la ley; de lo contrario, la ley quedaría incumplida. Pero dice la sabiduría popular que «lo mejor es enemigo de lo bueno». El jurista debe tener la perspicacia de saber hasta dónde se puede llegar en la aplicación de la ley, cuál es el coeficiente de acomodación a la realidad social para que, aplicándose la ley, esta sea factor de orden y progreso y no de perturbación. De llegarse a este último caso, la ley dejaría de ser razonable y se convertiría en un factor espurio del orden social.

Esta acomodación de la ley a la realidad social supone una acomodación progresiva de la

Ello supone en Colombia un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales³¹. Por tal motivo, la labor del juez no puede reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, que no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo, cosa que ha tenido muy en cuenta la Corte Constitucional colombiana al detenerse en casos que podrían ser nimios para muchos³², pero que llevan implícita la complejidad de la realidad social colombiana, como cuando tuteló los derechos de una mujer contra su cónyuge, para que este no vendiera la chalupa que le permitía, después de viajes de más de ocho horas por el río Atrato, tener algún contacto con la civilización, o cuando se presenta el despido

realidad social a las leyes, de modo que pueden darse situaciones en las que vaya por delante la realidad social. Pero en no pocos casos la realidad social es más evolutiva y progresiva que las leyes. Cuando esto sucede, aparece la interpretación progresiva de las leyes; estas van aplicándose de acuerdo con la evolución de la realidad social, permitiendo que unas mismas leyes sirvan al bien de la sociedad, sin desfases entre ley y realidad. Así se explica que unas mismas leyes hayan podido durar siglos, sin necesidad de cambiarlas.

En nuestra época estamos tan habituados a los cambios que apenas podemos apreciar el valor de la estabilidad de las leyes. Sin embargo y siempre sin exagerar —el inmovilismo no forma parte de la prudencia del jurista, sino más bien de su imprudencia—, que las leyes sean estables es un gran beneficio y suele ser muestra de sabiduría en los legisladores y en los pueblos». HERVADA, Javier. *¿Qué es el Derecho? La moderna propuesta del realismo jurídico*. Colección Astrolabio. Serie Derecho. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra - EUNSA, 2002, pp. 127-129.

³¹ La realidad social es regulada por la ley y en este sentido es la vida social la que se adapta a la ley; pero, por otra parte, esta regulación debe hacerse de manera que la vida social se desarrolle de acuerdo con su estado y sus condiciones. HERVADA, Javier. *Op. cit.*, p. 129.

³² Ciertamente en Colombia los casos de tutela no son de poca monta, pues muchas veces la vida o la subsistencia de una persona depende del resultado de un fallo que protege sus derechos fundamentales.

injusto de mujeres embarazadas, como muestra mínima ante cientos de ejemplos sobre el particular.

Por eso, para cumplir su propósito como elemento de regulación y transformación social, la creación judicial de derecho debe contar también con la suficiente flexibilidad para adecuarse a realidades y necesidades sociales cambiantes. Por lo tanto, no se puede dar a la doctrina judicial un carácter tan obligatorio que con ello se sacrifiquen otros valores y principios constitucionalmente protegidos, o que petrifique el derecho hasta el punto de impedirle responder a las necesidades sociales.

Amparo contra resoluciones jurisdiccionales de materia mercantil o empresarial

✍ RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS*

Sumario: 1. Caso uno. 1.1. Análisis del caso uno. 1.2. Demanda de amparo contra resolución judicial firme. 2. Caso dos. 2.1. Análisis del caso dos. 2.2. Demanda de amparo contra resolución judicial firme. 3. Conclusiones finales.

1. Caso uno

553

Este caso tiene estrecha conexión con el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República en su Quinto Pleno Casatorio Civil, Casación 3189-2012, Lima Norte, que estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que la impugnación de todo acuerdo adoptado por una asociación civil se debe fundamentar, de manera obligatoria e insoslayable, sobre la base de lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil, conforme a los métodos sistemático y teleológico que permiten observar adecuadamente el principio de especialidad de la norma. Cualquiera fuere la causal, entonces, en que se sustente la impugnación, incluyendo la de nulidad del acto jurídico (Libro II del Código Civil), ella podrá ser admitida y prosperar, siempre que se interponga dentro del plazo de sesenta días previsto en el

* Exvicepresidente del Tribunal Constitucional. Profesor principal de Derecho Empresarial y de Derecho Procesal Constitucional en la maestría y en el doctorado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

mencionado artículo²; caso contrario, la demanda deberá ser declarada improcedente.

Ahora bien, como en «derecho» tenemos el conocido aforisma o apotegma «a la misma razón el mismo derecho», en materia de derecho societario³ la Corte Suprema convocará pronto, a un pleno casatorio mercantil para decidir cosa igual, guardando las pertinentes distancias⁴, y que, mientras tanto, los jueces de todo el país analizarán y resolverán las demandas de impugnación de acuerdos de junta general de accionistas con iguales criterios a los expuestos en el precitado Pleno Casatorio, que son los correctos y que son los atinados.

Vale decir, la impugnación de los acuerdos de este máximo órgano, que es el soberano y el supremo, ergo, símil a la asamblea general de la asociación, también deberá presentarse, para ser admitida a trámite, dentro de los siguientes plazos⁵: dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción. Caso contrario y aunque se sustenten en el Libro II del Código Civil, las demandas deberán ser declaradas improcedentes.

² Si el acuerdo es inscribible en el Registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

³ La ley de las empresas en el Perú es la Ley General de Sociedades, teniendo su espacio, ciertamente, las empresas individuales de responsabilidad limitada (Ley 21621) y las pequeñas y micro empresas, PYMES, sujetas a su correspondiente regulación legislativa. Nos referimos acá, a la actividad privada. Las empresas del Estado se rigen por sus correspondientes leyes de creación, organización y funciones aunque, a partir de la Constitución Política de 1993, deberá tenerse presente su artículo 60, el cual establece que «Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional». También tener presente al órgano de control y supervisión, como lo es el FONAFE.

⁴ En varias ocasiones, en el Pleno Casatorio bajo comentario, se hace referencia expresa a la impugnación de acuerdos de sociedades y se explica que pueden ser personas jurídicas lucrativas o no, para el caso, es igual, en cuanto se trata de derechos potestativos, personales y subjetivos.

⁵ Artículo 142 de la Ley General de Sociedades.

Para la materia societaria, existen más argumentos y hasta de mayor solidez⁶, porque a diferencia del Código Civil que es de 1984, la Ley General de Sociedades data de 1998 y en esos casi tres lustros de distancia, hubo una experiencia que fue muy bien aprovechada por el legislador societario.

Procedería entonces, el proceso constitucional de amparo, contra resolución judicial firme que osara resolver declarando *infundada* la pretensión de aplicar los criterios y argumentos contenidos en la doctrina jurisprudencial vinculante dictada en la sentencia del Pleno Casatorio, *Casación 3189-2012, Lima Norte*, en una demanda de nulidad de acto jurídico o impugnación de acuerdos de junta general de accionistas, interpuesta fuera del término contenido en la ley especial, es decir, vencido el plazo de caducidad previsto, toda vez que habría vulneración directa de derechos constitucionales y, en adición, desde otro enfoque, violación de diversos aspectos constitucionalmente protegidos.

⁶ Y es que el Código Civil de 1984 se estudió y debatió en las décadas de los años 60 y 70 y un poco, apuradamente, fue promulgado el 24 de julio de 1984. La Ley General de Sociedades fue trabajada en los años de 1995 a 1997; en el segundo semestre de este año, fue llevada al Congreso y promulgada en diciembre de 1997 para su entrada en vigencia en enero de 1998 como Ley 26887. La experiencia ocurrida en esos varios lustros aconsejó al legislador societario a cerrar las válvulas de escape del malicioso impugnante que deseaba escabullirse de los breves plazos previstos –ahora de caducidad–, apoyándose en nulidades de acto jurídico, para así extender el plazo prescriptorio a los diez años, según el artículo 2001.1 del Código Civil. Casi la totalidad de jueces peruanos admitían a trámite estas demandas y los procesos se tornaban interminables y con ello, no solamente producían una sobrecarga procesal absurda, torpe, ilegítima, y en la inmensa mayoría de casos, mentirosa, sino y en particular, se sometía a una suerte de incertidumbre todas y cada una de las decisiones y determinaciones adoptadas por los órganos soberanos y supremos, hasta las resultas finales de estos inacabables procesos judiciales. A estas cosas, debía ponerse fin, y ya están, fijos, claros, congruentes y absolutamente sólidos, los argumentos contruidos para la viabilidad de las impugnaciones de unos, que deben calzar, idénticos, para los otros, como se demostrará en este artículo.

1.1. Análisis del caso uno

La impugnación de los acuerdos de la junta general de accionistas y su conexión con el Pleno Casatorio de la Corte Suprema sobre la impugnación de los acuerdos de las asambleas generales de las asociaciones.

El artículo 92 del Código Civil, en la interesante y acertada lectura e interpretación que hace el Pleno Casatorio antes referido, expresa que esta norma, taxativamente, prevé que:

[i] El procedimiento predeterminado por ley para la tramitación de la pretensión es la vía abreviada;

(ii) La competencia es del juez civil;

(iii) Se encuentran legitimados para impugnar, el asociado que asistió a la toma del acuerdo si dejó constancia de su oposición en el acta respectiva, los asociados no concurrentes, los asociados que fueron privados ilegítimamente de emitir su voto y el asociado expulsado por el acuerdo impugnado; y,

(iv) Que, estos legitimados, no pueden interponer indistintamente pretensiones que cuestionen los acuerdos asociativos sustentados en el Libro II del Código Civil⁷ u otras normas, fuera del plazo previsto en dicho artículo 92, es decir, dentro de los plazos de caducidad regulados, esto es «hasta 60 días a partir de la fecha del acuerdo; o, hasta 30 días a partir de la fecha de inscripción del acuerdo».

El juez que califica una demanda de impugnación de acuerdos asociativos fundamentados en el Libro II del Código Civil, puede adecuarla, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (CPC), siempre que se cumplan los requisitos del

⁷ Acto jurídico. *Nulidad de acto jurídico*: Falta de manifestación de voluntad (incluida inexistencia de acto jurídico); objeto física o jurídicamente imposible; fin ilícito; adolecer de simulación absoluta; no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad; contrario a leyes que interesan al orden público o buenas costumbres. *Anulabilidad*: vicio, resultante de error, dolo, violencia o intimidación.

artículo 92; sin embargo, si los plazos previstos en la norma acotada se encuentran vencidos, ello no podrá realizarse de ninguna manera dado que se habría incurrido en manifiesta *falta de interés para obrar* de la parte demandante conforme a lo previsto en el artículo 427.2 del CPC, lo cual es insubsanable, correspondiendo la declaración de improcedencia de la demanda incoada.

Ahora bien, cuando hicimos el Proyecto de la Ley General de Sociedades, en la Comisión que presidió el distinguido maestro de la PUCP, Dr. Enrique Normand Sparks, se tuvo el acierto de incluir una norma⁸ en el sentido de que procedía la acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta general de accionistas contrarios a normas imperativas o que incurriesen en causales de nulidad previstas en esta Ley o en el Código Civil, disponiendo que:

- [i] Podían interponerla quienes tuvieran legítimo interés;
- (ii) Se debía sustanciar en el proceso de conocimiento; y,
- (iii) El plazo de caducidad era de un año⁹.

557

Como uno de los criterios para resolver las antinomias¹⁰ es el de especialidad, entre una ley general (Código Civil) y una ley especial (Ley General de Sociedades), prevalece la segunda. El asunto quedaba solucionado. Pero en materia de junta general de accionistas se tuvo otro acierto, que fue incorporado a continuación, en el artículo 151, cuando se dijo:

⁸ La experiencia de los profesionales que integraban la Comisión jugó importante papel: probablemente habríamos interpuesto o recibido demandas sobre impugnación o nulidad de acuerdos societarios, en favor o en contra, respectivamente, de nuestros clientes, fundadas en causales de nulidad del acto jurídico aprovechando los diez años previstos en el artículo 2001.1 del Código Civil.

⁹ Artículo 150 de la Ley General de Sociedades, referido a la acción de nulidad, legitimación, proceso y caducidad.

¹⁰ Criterios como la jerarquía, cronología, especialidad y competencia, entre otros.

El juez no admitirá a trámite, bajo responsabilidad, acción destinada a impugnar o en cualquier otra forma discutir la validez de los acuerdos de una junta general o de sus efectos, que no sean los mencionadas en los artículos 139 (acuerdos impugnables); y 150 (otras impugnaciones).

Cerráremos, en forma final y definitiva el tema.

Ahora bien, habrán estudiosos de la materia que, hurgando el texto societario, encuentren el artículo 38 (incluido en el Libro Primero, reglas aplicables a todas las sociedades) que regula la nulidad de acuerdos societarios y se pregunten: ¿a qué acuerdos societarios se refiere y cuál sería su plazo de caducidad? No puede ser los de la junta general de accionistas, pues para esta ya existe la norma particularmente especial, comentada. Entonces, solamente quedaría hacer referencia, un poco especulativamente y sujeto a eventuales determinaciones jurisprudenciales de ayer, de hoy o de mañana, a los acuerdos:

558

- (i) Del directorio¹¹;
- (ii) Del comité de directorio¹²;
- (iii) De la junta liquidadora¹³;
- (iv) Del directorio ajeno que nombró a la persona jurídica que fue designada gerente (artículo 193) o que fue designado liquidador (artículo 414, cuarto párrafo);

¹¹ Artículo 169.

¹² Artículo 174.

¹³ Artículo 416.- La Ley no habla de modo expreso de «junta liquidadora» pero en la práctica, cuando el número de liquidadores designados es plural, tres o más, ellos actúan colegiadamente, como Junta y es más, hasta el último párrafo del artículo 413 establece que «[...] Durante la liquidación se aplican las disposiciones relativas a las juntas generales, pudiendo [...]». Es obvio que cuando el artículo 414 *in fine*, dice que el número de liquidadores debe ser impar, ellos significa que también «puede ser uno». Adviértase que para inscribir la extinción, la solicitud al Registro debe ser firmada *por el o los* liquidadores (ver artículo 421); también el artículo 437 refiere que «[...] y la declaración *del liquidador o liquidadores* de que no se ha iniciado [...]». De modo tal que, si son tres o más, actúan como comisión o junta liquidadora; si es solamente uno, actúa a título individual.

(v) De la asamblea de obligacionistas (ver artículo 320° y siguientes) como parte del sindicato de obligacionistas;

(vi) Del comité de gerencia y otros órganos colegiados no visibles por ahora, pero que la ley posibilita su inclusión a tenor de lo previsto en el artículo 55° literal a, para el caso de las sociedades anónimas, como podría ser un consejo de fiscalización (antigua institución similar, el consejo de vigilancia, ya no existente ahora, pero cuya inclusión como mecanismo de control del directorio y/o de la gerencia, no está prohibida en ninguna disposición de la LGS).

Para estos casos, justamente, está el artículo 49 que prevé las pretensiones del socio o de cualquier tercero contra la sociedad o viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se haya establecido expresamente un plazo, caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión.

559

Vayamos concluyendo el análisis de este primer caso y veamos, más adelante, la opción del amparo contra resolución judicial firme que eventualmente declare *infundada* la pretensión de caducidad planteada, al haberse formulado la demanda de nulidad del acuerdo societario de la junta general de accionistas y de sus efectos, totalmente fuera del plazo.

En primer lugar, la caducidad no precisa ser invocada por la parte. Ella puede ser declarada de oficio por el juez o la corte. En segundo lugar, puede ser deducida como excepción dentro del término de ley y en la hipótesis de que este hubiese precluido, también puede ser planteada como reconvencción. De lo que se trata es de hacer conocer al juez que la demanda se ha incoado en forma absolutamente extemporánea y punto. No olvidemos el *iura novit curia*, es el juez el que conoce el derecho.

Ahora bien, en cuanto al plazo de caducidad, existen varias hipótesis. Si las causales son societarias, sabemos que los plazos son: dos meses, tres meses y un mes después de la inscripción registral. Si la demanda se plantea por un tercero con legítimo interés por haberse adop-

tado un acuerdo de junta general contrario a normas imperativas o que hubiesen incurrido en causales de nulidad previstas en la Ley General de Sociedades o en el Código Civil, el plazo de caducidad es de un año. En la peor de las hipótesis –que para mí sería incorrecto–, habría que aplicar el artículo 49, es decir, el plazo de caducidad de dos años.

Ciertamente, en el Poder Judicial existen, han existido y existirán, numerosas demandas de nulidad de acuerdos societarios planteadas después de uno o tres o cinco años contados desde la adopción del acuerdo, pero que el demandante sustenta su pretensión en nulidad de acto jurídico o inexistencia de acto jurídico, o fin ilícito, o simulación absoluta, o cualesquiera de las otras variables de los artículos 219 o 221 del Código Civil y demás normas conexas o concordantes. En ocasiones, exagerando el planteamiento formulado en la pretensión demandada y por temor a un improcedente *in limine*, los demandantes afirman que, propiamente, no demandan la nulidad del acto jurídico sino la inexistencia del mismo, pues no hubo manifestación de voluntad válida por parte del agente, no hubo acto jurídico, tal el caso, cuando aseveran, que la junta general no fue bien convocada o no existió el *quorum* de ley o estatutos, con presencia o ausencia del actor en la junta general, entre otras. Todas estas aristas del mismo engranaje deben resolverse con el mismo criterio del Pleno Casatorio mencionado antes. Cualquiera sea la causal, la demanda deberá ser admitida a trámite siempre que la impugnación, empaquetada o encubierta en nulidad, anulabilidad, inexistencia, simulación, fin ilícito, etc., sean planteadas dentro del término de dos o tres meses o un mes después de la inscripción.

El plazo de caducidad está prevista en la ley especial y debe respetarse. Mantener en incertidumbre acuerdos de índole empresarial que por su naturaleza son dinámicos y deben surtir efectos inmediatos y definitivos es colocarle piedras en el camino al desarrollo y crecimientos de las unidades empresariales.

El Presidente de la Comisión Redactora del Proyecto, el maestro Enrique Normand Sparks, en su Exposición de Presentación del Proyecto, ante el Pleno del Congreso de la República, dijo:

Todos los plazos de la ley se han convertido en plazos de caducidad. Se han eliminado los plazos de prescripción. El derecho societario es un derecho rápido, dinámico, es un derecho que debe ser claro y muy bien delimitado. En consecuencia, no se condice con la prescripción que tiene elementos como la suspensión, la interrupción y la necesidad de ser invocada. Contrapuesta a ella la caducidad mata el derecho y la situación queda determinada de manera clara y definitiva. Este es un elemento interesante que se ha introducido en el proyecto.¹⁴

En el Pleno Casatorio, Casación 3189-2012, Lima, materia de análisis, se expresaron cosas interesantes, tales como las que a continuación se mencionan:

a) Con relación a la causal de contravención al derecho a la tutela jurisdiccional y la motivación de resoluciones judiciales

561

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la consignada en el fundamento jurídico 8 de la STC 763-2005-AA/TC ha precisado que «[...] cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere decir ello que la judicatura *prima facie* se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es pues que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado [...]».

¹⁴ Ley General de Sociedades. *Op. cit.* p. 28

También se dice que «la motivación no es solo un deber de orden constitucional sino que es además un derecho del justiciable quien a través del discurso argumentativo que el juez emita podrá conocer las razones de su decisión a efecto que si no las encuentra conforme a derecho las pueda impugnar por ante el órgano superior para que este último proceda a efectuar el debido control del razonamiento judicial».

b) La impugnación de acuerdos

El correlato del derecho al voto a efectos de formar el acuerdo de una persona jurídica, sea lucrativa o no, tiene al derecho a la impugnación como el mecanismo a través del cual el socio o asociado puede mostrar su disconformidad con el acuerdo adoptado a fin de buscar la adecuada marcha de la sociedad o asociación, el cual debe ser ejercido diligentemente. Por ende:

562

[...] el derecho de impugnación es un derecho complementario al derecho de voto que sirve para cautelar la correcta formación de la voluntad social que, como se sabe, es distinta e independiente de la voluntad de los accionistas que forman la junta general, derecho que le es conferido al accionista que no contribuyó a su formación ya sea porque votó en contra del acuerdo, dejando constancia en acta de su oposición, porque no estuvo presente en la junta en la que se aprobó el acuerdo, o porque fue privado ilegítimamente de su derecho de voto [...].¹⁵

Al respecto cabe precisar que si bien la cita textual, precedentemente consignada se refiere a una persona jurídica lucrativa, el derecho a impugnar el acuerdo comparte la misma naturaleza que en el caso de la persona jurídica no lucrativa, asociación civil. [...].

Al promoverse el ejercicio del derecho de acción formulando una pretensión de impugnación de acuerdos, debe tenerse en cuenta que si bien se trata de un derecho fundamental, en concordancia de la norma

¹⁵ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Manual de Derecho Societario*. Lima: Gaceta Jurídica. 2da. edición, 2012, p. 399.

antes señalada¹⁶, este no es un derecho absoluto, y por tanto admite limitaciones, como todo derecho fundamental, las cuales han sido desarrolladas legislativamente, entre ellas el plazo para interponer la demanda, que constituye el ejercicio diligente del derecho de acción.

La pretensión de impugnación de acuerdos se constituye en:

[...] un derecho potestativo ya que el accionista tiene la facultad o no de ejercerlo; es además, un derecho personal porque es inherente a la condición de accionista la que, como veremos, no solo debe ostentarse al momento de tomarse el acuerdo materia de la impugnación, sino que debe mantenerse durante todo el proceso y, finalmente, es un derecho subjetivo por cuanto se le concede al accionista dicho derecho para formular su pretensión, basándose en su apreciación personal la que debe compatibilizarse con el interés social [...].

Nuevamente, reiteramos que dada la naturaleza del derecho de impugnación de acuerdos relativo a las sociedades comerciales, la cita anteriormente consignada nos trae a colación las características de este derecho en la Ley General de Sociedades, que guarda similitud en nuestro caso, con el derecho a impugnar los acuerdos adoptados por los miembros de las Asociaciones Civiles, siendo este un derecho personal [...] no siendo transmisible [...]. Y es un derecho potestativo [...], pero teniendo en cuenta siempre el ejercicio diligente del derecho.

563

c) Los valores supremos del ordenamiento jurídico: la justicia y la seguridad jurídica

La manera de realizar una interpretación por el método teleológico es a partir de apreciar que nuestro ordenamiento jurídico se sustenta en la búsqueda de valores supremos que particularmente para nosotros, son la justicia y la seguridad jurídica, los cuales se encuentran insertos no solamente en las normas jurídicas sino también en las decisiones de la judicatura nacional.

¹⁶ Artículo 2, inciso 20 de la Constitución Política.

El primer contenido de la seguridad jurídica está referido a la información. El segundo, es el de la predictibilidad de los fallos judiciales en base a la correcta aplicación de las disposiciones normativas. Un caso de aplicación conjunta de los métodos sistemático por ubicación y teleológico se produce en la resolución de este caso, para lo cual será también de aplicación el principio de especialidad, toda vez que existiría una contraposición de las normas generales relativas a las causales de ineficacia del negocio jurídico reguladas en el Libro II del Código Civil frente a lo establecido en el artículo 92 de la norma anotada referida a la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación que constituye una norma especial.

El Pleno Casatorio da cuenta de que el propio demandante manifiesta en su demanda que «[...] dejamos expresa constancia que nuestra pretensión no se refiere de ningún modo a la impugnación de acuerdos arribados por nuestra asociación, sino por el contrario, cuestionamos los requisitos de validez del acto jurídico contenido en ellas».

564

1.2. Demanda de amparo contra resolución judicial firme

Procede, entonces, el proceso constitucional de amparo, contra resolución judicial firme que eventualmente deniegue equiparar ambas situaciones toda vez que habría vulneración directa de derechos constitucionales y, en adición, desde otro enfoque, violación de diversos aspectos constitucionalmente protegidos.

La demanda en este proceso constitucional de amparo debería incluir los siguientes aspectos, agregados a los previstos en el artículo 42 del Código Procesal Constitucional (CPCConst.):

1. Designación del juez.
2. Número del documento oficial de identificación (DNI o RUC) y domicilio procesal del demandante.
3. Nombre y domicilio del demandado (en este caso de los jueces superiores o supremos que resolvieron en instancia final) y el domicilio del procurador del Poder Judicial.

Con relación a esto último, el artículo 7 del CPConst., establece que: «La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público, está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda [...]».

4. Derechos que se consideran violados:

De la Constitución Política:

Artículo 2.2. Toda persona tiene derecho: [...] A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Artículo 139.3 (Debido proceso y tutela jurisdiccional). Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Artículo 139.5. 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.

565

Del Código Procesal Constitucional

Título Preliminar

Artículo II. Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Artículo VI. Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. [...]. 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.

Artículo VII. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia [...].

Artículo 1.- Finalidad de los Procesos. Los procesos (de hábeas corpus y amparo) tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación [...] de un derecho constitucional [...].

5. Procedencia respecto a resoluciones judiciales.

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 [...]. Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica 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 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.

566

Artículo 37.- El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

[...]

16) De tutela procesal efectiva.

6. Relación numerada de los hechos que han producido la agresión.

En este rubro hay que explicarle al juez constitucional que el Quinto Pleno Casatorio de la Corte Suprema, cuya separata fue publicada en el diario oficial El Peruano, el 09 de agosto del 2014, ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante que toda pretensión impugnatoria de acuerdos de asociación debe realizarse dentro de los plazos de caducidad regulados en el artículo 92 del Código Civil, es decir, hasta 60 días a partir de la fecha del acuerdo o, hasta 30 días a partir de la fecha de inscripción del acuerdos, inclusive aquellos que se sustenten en el Libro II del Código Civil, es decir, nulidad o anulabilidad de acto jurídico.

Hay que explicar que en dicho pleno, en numerosas ocasiones, los jueces supremos que lo suscribieron, hicieron expresa mención de la impugnación de acuerdos de junta general de accionistas de sociedades mercantiles, y refirieron que con abstracción del fin lucrativo o no, la situación era la misma para unos y para otros, para asociaciones y para sociedades, es decir, conferir seguridad jurídica a los acuerdos y evitar que estos queden en una suerte de incertidumbre por largos períodos mientras llegaban a su fin, los procesos judiciales incoados. Esto fue planteado así en el proceso judicial contra cuya resolución judicial firme ahora se interpone un amparo pues, por motivos que no se logran comprender, la judicatura ordinaria ha negado este derecho a los recurrentes.

567

7. El petitorio, que comprende y debe incluir la determinación clara y concreta de lo que se pide.

8. Una breve referencia al Expediente 00987-2014-PA/TC.

El caso Francisca Lilia Vásquez Romero del 6 de agosto de 2014, contiene la denominada *sentencia interlocutoria denegatoria* y el

precedente vinculante contenido en el fundamento jurídico 49 en el sentido de que: «Los hechos y el petitório deben estar referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado».

Este principio se encuentra igualmente consagrado en el segundo párrafo del artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional y ciertamente, en un antiguo precedente también vinculante que data de los años 2003 a 2005, pero como se había olvidado, es decir, repetidamente se incumplía, se prefirió actualizar, es decir, dictar uno nuevo para hacerlo más visible, además de vigente.

Lo que se desea acá, es sustentar la estrecha conexión de los sucesos con derechos constitucionales.

568

9. Una breve referencia al Expediente 02383-2013 PA/TC.

El caso Elgo Ríos Núñez del 12 de mayo del 2015, declara como precedentes vinculantes las reglas contenidas en los fundamentos jurídicos 12 al 15 y 17, en el sentido de que se precisa demostrar de que:

No existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional vulnerado.

Símil al punto anterior, hay que demostrarle al juez constitucional, que no existen disponibles y eficientes, vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional violado.

10. Demostrar que la demanda se está interponiendo dentro del plazo de ley.

Conocemos que los plazos de prescripción son de 60 días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en la

posibilidad de interponer la demanda. Contra resolución judicial el plazo se inicia cuando la resolución queda firme y concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido (ver artículo 44).

11. Hacer expresa mención a que no existe vía previa o que esta ha sido agotada con arreglo a ley (ver artículos 45 y 46).

2. Caso dos

El segundo caso tiene que ver con la posibilidad de *transformar* una asociación en sociedad, opción abierta por el artículo 333 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades de 1998. Esta norma legal dispone más de lo que existió cuando estuvieron vigentes la Ley 16123, Ley de Sociedades Mercantiles de 1966, y el Decreto Legislativo 311, Ley General de Sociedades de 1985, y es que ahora, incluso, la *transformación* pueda hacerse de cualesquiera de las siete formas societarias existentes a cualquier persona jurídica y cuando la ley no lo impida, también, de cualquier persona jurídica a alguna de las siete formas societarias reguladas por la Ley 26887.

569

La pregunta puntual que se suscita acá es: ¿puede acaso una asociación, organización que regula el Código Civil y que persigue un fin no lucrativo *transformarse* en sociedad, que realiza actividades económicas y que reparte utilidades en mérito de los estados financieros, si el artículo 98 del acotado cuerpo legal establece que el haber neto resultante debe ser entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados, disuelta que hubiere sido la asociación y concluida la liquidación?

Este interesante análisis académico y jurisprudencial incluye, además, si la Ley 29504, Ley de Clubes de Fútbol, y su reglamento, el Decreto Supremo 012-2010-ED, tienen alguna implicancia o no. Igual que en el tema anterior, opino que procedería el proceso constitucional de amparo, contra resolución judicial firme que declare infundada la de-

manda cuyo petitorio hubiese sido lograr la *transformación* prevista en el artículo 333 de la Ley General de Sociedades, toda vez que habría vulneración directa de derechos constitucionales y, en adición, desde otro enfoque, violación de diversos aspectos constitucionalmente protegidos.

2.1. Análisis del caso dos

La posibilidad de *transformar* una asociación en sociedad, opción abierta por el artículo 333 de la Ley General de Sociedades, estando a la disímil naturaleza jurídica de una y otra entidad y a lo normado por el artículo 98 del Código Civil, acerca del destino del patrimonio restante de la liquidación, el cual debe ser entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados.

Inclusive, para evitar eventuales interpretaciones sesgadas, se precisa en la precitada norma que:

570

De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.

Cómo trasladar el patrimonio de la asociación a los estados financieros de la sociedad, lo que, en forma directa o indirecta, sería recibido, en alícuotas, por los accionistas de esta, seguramente ex asociados de aquella. Este es el tema.

Veamos la secuencia histórica.

La Ley 16123 de Sociedades Mercantiles de 1966 posibilitaba la *transformación* de una forma societaria a otra forma societaria, por tanto, solamente entre las cinco comerciales o mercantiles existentes en aquel entonces estaban:

- (i) La sociedad anónima.
- (ii) La sociedad comercial de responsabilidad limitada.
- (iii) La sociedad en comandita simple.

(iv) La sociedad en comandita por acciones.

(v) La sociedad colectiva.

El Decreto Legislativo 311, Ley General de Sociedades de 1985¹⁷, permitía hacerlo incluso con y hacia las sociedades civiles, tanto la ordinaria como la de responsabilidad limitada, y viceversa.

La Ley 26887, Ley General de Sociedades de 1998 dispone más, que incluso la *transformación* pueda hacerse de cualesquiera de las siete formas societarias ahora existentes a cualquier persona jurídica y cuando la ley no lo impida, también, de cualquier persona jurídica a alguna de las siete formas societarias reguladas por esta ley.

La pregunta que se suscita y que es materia de este acápite de estudio, es, ¿puede acaso una asociación, organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que regula el Código Civil y que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo, transformarse en sociedad, que realiza actividades económicas y que reparte utilidades en mérito de los estados financieros, si el artículo 98 del acotado cuerpo legal establece que el haber neto resultante debe ser entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados, disuelta que hubiere sido la asociación y concluida la liquidación?

571

Analicemos la Ley 29504, Ley de Clubes de Fútbol, y su reglamento, el Decreto Supremo 012-2010-ED, si tiene alguna implicancia

¹⁷ Cuando en 1984 se promulga el Código Civil, se advierte que este ya no regulaba el contrato de sociedad civil. (Nosotros, en San Marcos, estudiábamos con el maestro Jorge Eugenio CASTAÑEDA, en Derecho Civil, Contratos, el Contrato de Sociedad; y con el maestro Ulises MONTROYA MANFREDI, en Derecho Comercial, la Ley de Sociedades Mercantiles, es decir, el Contrato de Sociedad Mercantil). Ante esta situación se nombra una Comisión para que redacte el Proyecto de Ley General de Sociedades, denominada así por incluir a las mercantiles y a las civiles, y en términos globales, lo que se hizo en aquel entonces, fue reunir la normativa de las sociedades civiles del Código Civil de 1936 (artículo 1686 y ss.) a las sociedades mercantiles de la Ley 16123 y punto. Eso fue todo. Así, se expidió el Decreto Legislativo 311, Ley General de Sociedades de 1985.

o no. Pero antes, lo que dijo ante el Pleno del Congreso de la República, el presidente de la Comisión Redactora del Proyecto de la nueva Ley General de Sociedades, doctor Enrique Normand Sparks¹⁸:

En la reorganización de sociedades se han recogido cambios muy interesantes. Se ha ampliado la transformación, que antes estaba predicada sobre la base que solo se podía transformar una sociedad de una forma societaria a otra de las formas societarias reconocidas en la ley. Ello se ha ampliado y en el proyecto la transformación permite también que cualquier persona jurídica se pueda convertir en sociedad y cualquier sociedad en otra forma de persona jurídica.

Es decir, se ha abierto la puerta de la transformación más allá del ámbito societario. Se ha eliminado el terrible padecimiento que imponía la Ley en cuanto a tener que insertar los balances de transformación en la correspondiente escritura pública. Ello era una exigencia prácticamente imposible de cumplir en las sociedades grandes pues implicaba tener que cerrar los balances en una fecha arbitraria y tenerlos listos para el día anterior al de la fecha de la escritura. Esto determinaba que se mistificara las cosas, que se dejaran abiertos los registros, se postergara la inserción de los balances, etcétera. El proyecto, reconociendo cuál es el propósito del balance, esto es, dar una información transparente, lo pone a disposición en la sociedad, pero ya no se inserta en la escritura pública.

572

Lo que aconteció (Título 212674-2004):

Con fecha 12 de mayo del 2004 la asamblea general universal de socios de la asociación de transporte menor El Tigre, con la presencia de sus 29 asociados, acordó por unanimidad la transformación de la asociación en una sociedad anónima, la cual llevaría la denominación empresa de transportes y servicios generales El Tigre S. A. Se acordó que el capital social ascendería a 5 800,00 nuevos soles, el cual estaría

¹⁸ DIRECCIÓN NACIONAL DE ASUNTOS JURÍDICOS. *Ley General de Sociedades. Edición Oficial*. Lima: Grijley, 1998, p. 43.

representado por 58 acciones de cien nuevos soles cada una, las cuales serían íntegramente suscritas y pagadas por los 29 accionistas mediante aporte en efectivo, a razón de dos acciones por cada uno, lo cual efectivamente se hizo. Se aprobó el estatuto, se nombró el primer directorio y se designó al gerente general. Con escritura pública del 24 de julio de 2014 se formalizó el acuerdo y el título ingresó a la Sunarp el 2 de agosto.

El registrador público planteó tacha sustantiva argumentando en el sentido de que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 80, 91 y 98 del CC:

[E]n el caso de las Asociaciones y dada su finalidad no lucrativa, no es permisible la atribución de su patrimonio a sus asociados en ningún momento de su existencia, ni siquiera en el de su disolución, liquidación y extinción. De permitirse, por voluntad privada, esta transformación, indirectamente se vulneraría la atribución patrimonial prohibida en favor de los asociados, ya que estos se encontrarían en la potestad de decidir, como accionistas, sobre el reparto del patrimonio de la persona jurídica.

573

Por cuestión de forma, se hace referencia además, a que no se había acreditado la universalidad de la asamblea pues no se había presentado copia certificada del padrón o libro de registro de asociados.

La notaría interpone apelación sustentándola en los artículos 2.24.a de la Constitución Política y 333 de la LGS. Los artículos 80, 91 y 98 no colisionan con la petición; nadie está pretendiendo tener una asociación con fines lucrativos. Se está cambiando la forma de la persona jurídica para hacer posible y viable llevar adelante actividades económicas con fines de repartir dividendos si los estados financieros lo posibilitan, con arreglo a ley. Las dos últimas normas describen situación distinta a la peticionada.

El Tribunal Registral estima que la finalidad no lucrativa de la asociación no constituye en sí misma un impedimento a su *transforma-*

ción dado que es precisamente un cambio en la finalidad de la persona jurídica lo que da lugar a su transformación, la cual es válida y principalmente fundamentada en razones de carácter económico, no prohibidas en nuestra ley societaria. Sostener lo contrario significaría vaciar de contenido lo dispuesto por el artículo 333 de la LGS.

A pesar que la normativa civil no constituye un impedimento para la *transformación* de una asociación en sociedad anónima, en ausencia de una norma sobre el destino de los bienes de la asociación, resultaría de aplicación analógica el artículo 98 del CC y el estatuto de la asociación.

Tomando también como referente la jurisprudencia de la ley de sociedades limitadas española, que regula el supuesto de transformación de sociedades cooperativas en sociedades de responsabilidad limitada y que en esta experiencia, esta obliga a incluir en la escritura pública de transformación, el destino de los fondos o reservas, el Tribunal Registral peruano revoca la tacha sustantiva formulada, considera que sí es viable la transformación de la asociación en sociedad, siempre y cuando se acuerde previamente a quién o a quiénes se entregarán los bienes que componen el patrimonio (haber neto) de esta, los cuales deberán ser destinados, con arreglo a ley, a los beneficiarios estatutarios o legales, de acuerdo al procedimiento señalado en el artículo 98 del Código Civil.

Se reúne la asamblea universal y acuerdan por unanimidad declarar que no contaban con patrimonio alguno que pudieran destinar a alguien. Adjuntan certificación notarial de esta declaración y también del padrón de asociados de que eran veintinueve (29) asociados y con ellos, vía subsanación, se inscribe la transformación petitionada. No olvidemos que cada uno de los nuevos socios había aportado doscientos nuevos soles, habiendo recibido dos acciones con un valor facial de cien nuevos soles cada una. Por tanto, habían reunido un capital social ascendente a S/ 5 800,00 nuevos soles.

Hay que subrayar acá las antiguas enseñanzas del profesor Georges Ripert¹⁹ quien nos explicaba que «[...] al nacimiento de una sociedad, el capital le precede [...]. Primero es el aporte del capital, después el nacimiento de la sociedad». Para el caso de las personas naturales, estas primero nacen y después forjan su patrimonio, cultural, espiritual, económico, intelectual, etcétera. También el maestro nos ubicaba en el otro extremo de la vida diciéndonos que las personas naturales, primero fallecemos, y por el hecho de la muerte²⁰, los bienes se transmiten a los herederos; las sociedades, primero se disuelven, luego liquidan (venden todos sus activos fijos, cobran sus activos circulantes; pagan sus pasivos corrientes y no corrientes) y recién después, inscriben su extinción.

La argumentación del Tribunal Registral es forzada. El caso de transformación es distinto al de disolución y liquidación. Aquel no entraña un cambio de la personalidad jurídica; este, conduce, de ordinario, a la extinción. El artículo 139.9²¹ y el artículo IV del TP del CC, no apoyan al Tribunal²².

575

Ver casos contenidos en las resoluciones 196-2005-SUNARP-TR-T de la asociación de transportistas de camionetas rurales José Abelardo Quiñonez Gonzáles en una sociedad anónima cerrada cuya denominación social sería «Empresa de Transportes José Abelardo Quiñones Gonzales S.A.C.»; y 714-2013-SUNARP-TR-T de la asociación civil de servicios mutuos Chancay a una sociedad anónima cerrada cuya denominación social sería «Siempre Unidos Chancay S.A.C.». Ambos casos fueron aprobados y autorizados.

¹⁹ RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Editora Argentina, 1954, pp. 269 y ss.

²⁰ Artículo 660 del Código Civil: Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

²¹ Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos.

²² La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía

En cuanto a la Ley 29504 se buscó lograr la formalización de los clubes de fútbol profesional en el país a través del saneamiento de su administración y la implementación de mecanismos de transparencia en el manejo de sus finanzas.

El artículo 5 de esta ley establece que estos se organizan bajo la forma de sociedades anónimas abiertas y que en este caso su capital social inicial debe ser de al menos 200 UIT. Su artículo 10 prevé que las asociaciones existentes aportan el patrimonio neto de las actuales asociaciones a la nueva persona jurídica a crearse de modo tal que la asociación se convierte en un socio de la nueva sociedad. En caso de transformación de la asociación en sociedad, sus deudas podrían ser capitalizadas, en tanto el acreedor acceda a ello.

En resumen, para los casos de transformación de asociaciones en sociedades, tratados líneas arriba, resulta suficiente la declaración de la asamblea de socios sobre el destino del patrimonio neto (activos menos pasivos) de la asociación, solamente si, obvio, él, existiera. Caso contrario, bastará la declaración certificada por notario, de que él es inexistente, y punto. La transformación se registrará.

576

2.2. Demanda de amparo contra resolución judicial firme

Procede, entonces, el proceso constitucional de amparo, contra resolución judicial firme que eventualmente deniegue aceptar la *transformación* de una asociación (sin fines de lucro) a una sociedad (con fines económicos y que puede acordar repartir las utilidades que presenten sus estados financieros)²³ toda vez que habría vulneración directa de derechos constitucionales y, en adición, desde otro enfoque, violación de diversos aspectos constitucionalmente protegidos. La demanda en

²³ Poniendo un tosco ejemplo: se deniega la *transformación* de la asociación Fe y Alegría por Felices y Alegres S.A., FELASA. Bastará que se adjunte certificación notarial de libros, de que los activos tienen el mismo valor que los pasivos, ergo, no existe patrimonio neto y por ende, no existen excedentes, superávit o patrimonio neto qué entregar ni a quién entregar. La transformación, entonces, procede, sin objeción de naturaleza alguna.

este proceso constitucional de amparo debería incluir, en general, los mismos aspectos señalados en la primera parte. En cuanto al punto 6, referido a la relación numerada de los hechos que han producido la agresión, cabe acotar:

En este rubro hay que explicarle al juez constitucional la claridad y contundencia del artículo 333° de la Ley General de Sociedades, norma que como dijo el maestro Enrique Normand Sparks al Pleno del Congreso de la República, en su exposición de presentación del proyecto, ha abierto las puertas del escenario de las personas jurídicas, para que sociedades se *transformen* en otras personas jurídicas, y cualesquiera otras formas de personas jurídicas, cuando la ley no lo impida, también se puedan *transformar* en sociedades.

Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú. Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley. La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica.

577

Es obvio, que la ley no impide la transformación de asociación en sociedad. Lo que ocurre es que el haber neto después de la disolución y liquidación debe ser entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. Pero esto es camino a la extinción, que no es el caso de la transformación, en el que la persona subsiste, incluso, sin cambiar su personalidad jurídica. Como lo dijo el Tribunal Registral, «[...] impedir la transformación significaría vaciar de contenido al artículo 333° de la Ley General de Sociedades».

Si la vía administrativa nos ha impedido la transformación y el Poder Judicial se ha alineado con el estamento registral impidiendo nuestra transformación de asociación en sociedad, procede

una demanda de amparo contra la resolución judicial firme que nos declaró *infundada* nuestra demanda judicial para que, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación de nuestros derechos constitucionales, disponga y ordene se dicte nueva sentencia en los términos adecuados al ordenamiento.

3. Conclusiones finales

1. Para la impugnación de los acuerdos de las asambleas generales de las asociaciones civiles, cualesquiera fueren sus causales, las demandas incoadas solamente serán admitidas, siempre que se interpongan dentro del plazo previsto en su ley especial, que es el artículo 92 del Código Civil. Las causales de nulidad o anulabilidad de acto jurídico, inexistencia de acto jurídico, fin ilícito, simulación absoluta, u otras, podrán ser estudiadas y revisadas, solamente, si son interpuestas igual, es decir, dentro del lapso de caducidad de sesenta días.

578

2. Con la misma lógica y con el mismo sustento, las demandas de impugnación de acuerdos de junta general de accionistas solamente serán admitidas y procesadas, siempre y cuando se interpongan dentro del plazo de su ley especial, que es la ley general de sociedades, es decir, su artículo 142, el cual alude a un plazo de dos meses, pudiendo ser de tres meses si el accionista no concurrió a la junta o de un mes después de la inscripción registral, si el acuerdo hubiese sido inscribible y en efecto, se hubiese inscrito. Aunque se sustenten en normas del Libro II del Código Civil, la demanda será rechazada, a menos que, o salvo que, se presenten en los lapsos de la ley especial precitada.

3. En la hipótesis de que en un expediente judicial se rechazara la causal de caducidad como elemento procesal válido para cerrar, archivar y dar por concluido un proceso civil de impugnación de acuerdos de junta general de accionistas, y de sus efectos, que se hubiesen sustentado en los mismos argumentos y en los mismos criterios contenidos en el Quinto Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la República, el cual fue dictado para un caso idéntico, pero relativo a los acuerdos de

asambleas generales de asociados, resultará procedente interponer un proceso constitucional de amparo con arreglo a las normas del Código Procesal Constitucional, para que se repongan las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional vulnerado.

4. La transformación de una asociación civil a una sociedad mercantil es viable siempre que se indique en la escritura pública el destino del haber social neto con arreglo a ley y estatutos. También será viable si es que en la escritura se da cuenta, con certificación notarial, de que no existe patrimonio neto alguno en la asociación, a quién distribuir o a quién entregar. Ahora bien, como para constituir una sociedad se precisa de patrimonio (aportes) y no existiendo haber neto no hay capital social alguno, será indispensable que, una pluralidad de personas realicen algún aporte que torne viable la Constitución y organización de una sociedad.

5. En la hipótesis de una negativa judicial, procederá un amparo contra resolución judicial firme.

Propuesta de reforma del amparo electoral: Una propuesta de amparo directo ante el Tribunal Constitucional en un contexto electoral que lo exige

✍ LUIS ANDRÉS ROEL ALVA*

Sumario: 1. Introducción. 2. El proceso constitucional de amparo. 2.1. Los procesos constitucionales para la tutela de derechos constitucionales. 2.2. El proceso constitucional de amparo. 2.3. La tutela de urgencia en el proceso constitucional de amparo. 3. Problemática con el diseño actual del proceso de amparo electoral. 3.1. Diseño poco idóneo del actual proceso de amparo electoral. 3.2. La demora procesal como principal problema del diseño actual del amparo electoral. 4. Propuesta de amparo electoral directo ante el Tribunal Constitucional. 5. Una necesaria reforma constitucional y legal para concretar la propuesta. 6. Conclusiones.

581

1. Introducción

El presente estudio tiene como finalidad plantear una propuesta de mejora en el diseño del denominado amparo electoral, así como examinar su desarrollo y eficacia en la protección de los derechos constitucionales dentro de la justicia constitucional.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la misma casa de estudios. Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Diplomado de Especialización en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla - La Mancha (España). Abogado del Gabinete de Asesores del Tribunal Constitucional. Director fundador de la revista Estado Constitucional.

Nuestra propuesta plantea que el proceso constitucional de amparo sea interpuesto de forma directa ante el Tribunal Constitucional (TC) en el supuesto que se cuestione una decisión definitiva del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), sin que sea previamente conocida la causa constitucional por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial (PJ). Esto último con el propósito de que en este supuesto específico, la tutela de los derechos constitucionales sea realmente efectiva, ya que con el diseño actual del proceso de amparo, tal objetivo no está siendo cumplido a cabalidad.

Más aún, si consideramos el contexto en que se desarrollaron las últimas elecciones democráticas generales (2016), en el cual el calendario electoral siguió su curso, mientras que las inscripciones de las fórmulas presidenciales y listas parlamentarias se mantuvieron en incertidumbre a pocos días de la elección. Esto se debió a que se encontraban a la espera de los diversos pronunciamientos decisivos y concluyentes del JNE, lo cual no es una situación desconocida en nuestro escenario electoral.

582

Según lo descrito, si en la última y definitiva instancia de la jurisdicción electoral se produce una vulneración a los derechos constitucionales a través de una decisión del JNE, se podría interponer una demanda de amparo contra la misma; pero para que esta tenga firmeza y, tal vez, una decisión favorable según los estándares constitucionales, tendrá que transitar por las dos instancias preestablecidas del PJ, y, hasta quizá, deberá llegar al propio TC para obtener una concreta y satisfactoria justicia constitucional.

En tal sentido, en situaciones similares, un proceso de amparo tramitado directamente ante el fuero jurisdiccional del TC en el supuesto que se cuestione una decisión concluyente del JNE, no solo podría resolver la controversia constitucional antes de que concluya el calendario electoral, sino que, además, otorgaría seguridad jurídica al proceso electoral y para el electorado.

En este orden de ideas, el presente estudio permitirá en un primer momento realizar un análisis y desarrollo constitucional, a partir de las definiciones de las instituciones jurídicas implicadas en la materia del presente trabajo –tales como los procesos constitucionales, el proceso de amparo, la tutela de urgencia, entre otros–; para luego, presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentan nuestra propuesta, así como la proposición de reforma del diseño procesal del amparo electoral.

2. El proceso constitucional de amparo

2.1. Los procesos constitucionales para la tutela de derechos constitucionales

Los procesos constitucionales pueden ser definidos como un conjunto de actos que tienen como finalidad que toda persona tenga una tutela efectiva de los derechos que le reconoce la Constitución cuando estos sean amenazados o hayan sido vulnerados por un órgano o autoridad del Estado y/o particular, así como garantizar la plena eficacia de la supremacía constitucional², conforme lo dispone nuestra Constitución Política y lo determina el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional³.

583

² En esta misma línea de argumentación, el profesor Ernesto BLUME FORTINI señala que: «[...] el proceso constitucional, que es aquel conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas, que instrumentaliza a través de órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, la solución de un conflicto de naturaleza constitucional, surgidos sea por la amenaza o violación de los derechos humanos o fundamentales, sea por el ejercicio indebido de la facultad normativa del Estado, sea por la afectación en forma activa o pasiva de las competencias o atribuciones asignadas a los órganos de rango constitucional, sea, en general, por la violación de la normativa constitucional en sentido estricto». En: BLUME FORTINI, Ernesto. «Paradigmas del Derecho Procesal Constitucional», en, Revista Estado Constitucional, año 1, N° 4, Arequipa: Adrus, 2011, p. 228.

³ El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley 28237, en relación con los fines de los procesos constitucionales, señala: «Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales».

En relación con los procesos constitucionales encargados de la defensa de los derechos constitucionales, conviene recordar lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional respecto a la doble dimensión de dichos procesos, siendo el caso que estos no solo pretenden «[...] la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la [...] tutela objetiva de la Constitución», llegando a la determinación que la protección de los derechos fundamentales⁴ no concierne únicamente al titular del derecho vulnerado, sino también al Estado y a la sociedad en su conjunto⁵, la misma que deriva de la teoría de la doble dimensión de los derechos constitucionales que el mismo TC ha asumido y expresado en reiterada jurisprudencia⁶.

En tal sentido, se podría sentar como premisa inicial que los procesos constitucionales, sean estos para la tutela de derechos fundamentales o para garantizar la supremacía constitucional, al poseer una doble dimensión de defensa, presuponen tanto el resguardo del orden objetivo constitucional (principios, valores y bienes constitucionales que informan el ordenamiento jurídico) como la tutela subjetiva de los derechos fundamentales comprendidos en nuestra Constitución Política.

⁴ En el presente estudio se utilizaran como sinónimos conceptuales los términos «derechos fundamentales» y «derechos constitucionales», puesto que su diferenciación se encuentra más en términos formales que sustantivos y la cual no tiene relevancia para la finalidad que se pretende a través del mismo. Ver: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 37-38; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 81.

⁵ STC 00023- 2005-PI/TC, f. j. 11.

⁶ Sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: «[...] los derechos fundamentales no solo tienen una vertiente subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional y, en esa condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción. En esa medida, el Tribunal considera que el amparo no solo puede entenderse como un proceso en cuyo seno se diluciden problemas que atañen únicamente a las partes que en él participen, sino como una acción de garantía en la cual subyace un orden público, representado por los derechos constitucionales cuya defensa, en el ámbito de su competencia, la Norma Suprema ha encomendado al Tribunal Constitucional», en: STC 02050- 2002-AA/TC, f. j. 25.

Así, los procesos constitucionales destinados a la defensa de los derechos fundamentales requieren de características especiales que los diferencien del resto de procesos –los denominados ordinarios–, que les permitan lograr los fines antes señalados, entre las cuales destaca propiamente la tutela de urgencia⁷.

La razón de lo señalado radica en que la Constitución dentro del Estado constitucional de derecho⁸ no debe traducirse en una nomenclatura de derechos, valores y principios constitucionales, sin mayor repercusión en la vida de las personas⁹; siendo el caso que todos los procesos constitucionales comparten una doble dimensión en su objeto de protección¹⁰, que en cualquier circunstancia tienen que ser una garantía efectiva de defensa.

⁷ RTC 06095-2008-PA/TC, f. j. 6; RTC 03510-2010-PA/TC, f. j. 3.

⁸ Sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: «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», en: STC 05854-2005-AA/TC, f. j. 3.

⁹ En esta misma línea de argumentación, el jurista español Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que la Constitución en un Estado constitucional como el nuestro establece: «[...] el sistema de fuentes formales del Derecho [...], es la primera de las normas de producción, la norma *normarum*, la fuente de las fuentes [...] es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa [...]», en: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ra. edición, Madrid: Civitas, 1985, pp. 49-50.

¹⁰ Sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que: «En un Estado constitucional democrático la Constitución no solo es norma jurídica con fuerza vinculante que vincula a los poderes públicos y a todos los ciudadanos, sino que también es la norma fundamental y suprema del ordenamiento jurídico. Esto es así porque la Constitución, a partir del principio de supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las que se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez dicho principio exige que todas las acciones personales civiles, económicas, sociales y sobre todo militares deben estar de acuerdo con las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico que la Constitución señala», en: STC 02669-2008-HC/TC, f. j. 6.

De igual forma, los procesos constitucionales destinados a la protección de los derechos fundamentales tienen como principio general la exigencia de que tanto la amenaza como la afectación que se produzca tiene que ser clara y manifiesta; es decir, que la amenaza y/o la afectación que se cierne sobre el derecho que requiere protección deba ser real y no hipotética, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Código Procesal Constitucional¹¹, que establece que los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden solo cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona (natural o jurídica)¹².

Respecto al requisito que la amenaza sea inminente y real, se advierte que estos procesos constitucionales no solo buscan remediar las violaciones de los derechos ya producidas, sino que también buscan prevenir la comisión de tales actos. Es en función a ello, que nuestro TC

¹¹ STC 00041-2006-HC/TC, f. j. 4; RTC 00393-2011-PA/TC, f. j. 4; STC 00091-2004-PA/TC, f. j. 8.

¹² Sobre este extremo, es necesario precisar que no hemos considerado en el presente estudio al proceso de cumplimiento dentro de estos procesos constitucionales, porque coincidiendo con lo expresado por el profesor Samuel Abad: «[...] en rigor, no es un proceso constitucional, pues no garantiza de modo inmediato y directo la tutela de los derechos fundamentales o del principio de supremacía constitucional», en: ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales*. 4ta. edición, Lima: Palestra Editores, 2010, p. 68. En esta misma línea de argumentación, los miembros de la Comisión encargada de la elaboración del Proyecto de Código Procesal Constitucional, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 09371, señalaron que: «La Comisión estima que la denominada acción de cumplimiento no es un proceso constitucional en sentido estricto, toda vez que no cautela derechos fundamentales o valores constitucionales, como puede ser el de la jerarquía normativa. Sin embargo, por estar presente en el texto constitucional, y tanto siga vigente, ha optado por considerarla en su Anteproyecto. Y lo hace en los mismos términos que la Constitución indica. No obstante, consideramos que esta institución debería ser eliminada, pues no solo no es clara, sino que en puridad no es un proceso constitucional», en: AA. VV. *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. 3ra. edición, Lima: Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional, 2008, p. 159.

ha precisado que para determinar si la amenaza de un derecho es inminente hay que establecer, en primer lugar, la diferencia entre actos futuros remotos y actos futuros inminentes. Siendo los primeros aquellos actos inciertos que pueden o no suceder, mientras que los segundos son los que están próximos a realizarse, es decir, su comisión es casi segura y la misma se realizará en un tiempo relativamente breve¹³.

Por ello, a través de estos procesos constitucionales se busca proteger el goce y ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por nuestra Constitución ante cualquier amenaza o violación sufrida, restableciendo la normalidad constitucional allí donde haya sido alterada. Sin embargo, este no es el único objeto de los citados procesos, ya que los mismos comprenden no solo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la garantía objetiva de la norma constitucional, lo que determina la fundamental diferencia entre la naturaleza y características de estos procesos con el resto de los considerados procesos ordinarios. Siendo los primeros, a diferencia de los segundos, extraordinarios tanto por su objeto de protección como por la tutela de urgencia que estos poseen como característica esencial y diferenciadora¹⁴.

¹³ STC 00705-2008-HC/TC, fundamentos 4-6.

¹⁴ STC 00266-2002-AA/TC, ff. jj. 5 y 6. De igual forma, sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha expuesto que: «[...] 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 procesales 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 solo 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

Entre los procesos constitucionales encargados de la defensa de los derechos fundamentales, tenemos al proceso constitucional de amparo, el cual tiene por objeto proteger todos los derechos distintos al derecho a la libertad individual y sus derechos conexos, así como los que son diferentes a los derechos al acceso a la información pública y a la autodeterminación informativa, puesto que para estos últimos casos están los procesos constitucionales de hábeas corpus y hábeas data, respectivamente.

2.2 El proceso constitucional de amparo

Antes de brindar una definición del proceso constitucional de amparo, debemos señalar que en un Estado Constitucional de Derecho –como el nuestro–, constituye doctrina mayoritaria que los derechos fundamentales son valiosos no solo en sí mismos, sino que también han de contar con garantías procesales efectivas que permitan su protección a nivel judicial, administrativo e inclusive entre particulares; es así que la defensa de los citados derechos, a través de estos procesos, conlleva a que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos, y que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes, asegure la tutela jurisdiccional efectiva¹⁵.

588

Por otra parte, al igual que el resto de los procesos constitucionales encargados de la protección de los derechos fundamentales, el proceso de amparo tiene una finalidad restitutoria, es decir, su propósito es restablecer al afectado el pleno goce y ejercicio de sus derechos constitucionales, frente a cualquier amenaza o afectación realizada por parte de personas naturales o jurídicas (de derecho privado o público), reponiendo estos a la situación anterior a dichos sucesos, siendo un

ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia[...], en: STC 00023-2005-PI/TC, fundamento 10.

¹⁵ LANDA ARROYO, César. «El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional», en: *Pensamiento Constitucional*, año VIII, N° 8, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 446.

medio definitivo para dicha restitución, entendiéndose que tras la resolución de la controversia, se concluye con el litigio¹⁶. En efecto, el TC ha expresado que estos procesos:

[...] solo tienen por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional, esto es, tienen una finalidad eminentemente restitutoria. [...], a través de estos procesos no se puede solicitar la declaración de un derecho o, quizá, que se constituya uno. *El artículo 1° del Código Procesal Constitucional prescribe que la finalidad de los procesos constitucionales es la de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional*, lo que significa que el recurrente sea o haya sido, hasta antes de la lesión, titular del derecho, pues de otro modo no se podrían restablecer las cosas al estado anterior (cursivas nuestras).¹⁷

Así, el proceso de amparo es considerado, tanto para nuestro ordenamiento jurídico como para la doctrina nacional, como un proceso y una garantía, más no como un recurso, pues esta institución procesal se reserva para impugnar los fallos ante una instancia superior. Siendo el amparo un proceso en sí, que busca dar una solución a un conflicto, procurando detener la amenaza o afectación de un derecho constitucional y evitar su irreparabilidad¹⁸. En efecto, y siguiendo lo expresado

¹⁶ STC 04279-2012-PA/TC, f. j. 4; RTC 06095-2008-PA/TC, ff. jj. 4-6; RTC 03510-2010-PA/TC, f. j. 3; RTC 04196-2004-AA/TC, f. j. 6; RTC 00502-2012-PA/TC, f. j. 4; RTC 03682-2011-PA/TC, ff. jj. 4-6; STC 09617-2006-PA/TC, f. j. 2. También revisar: ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 92-94, 97-98.

¹⁷ RTC 00265-2012-PA/TC, fundamento 12.

¹⁸ ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. *Op. cit.*, pp. 92-97. De igual forma, el profesor Luis Castillo Córdova ha señalado que: «[...] el amparo en el Perú no es un recurso, el amparo es una acción y, por ello, procesalmente ha de proceder ahí donde concurren los requisitos formales y materiales que hagan procedente la acción, en particular, que haya ocurrido la violación manifiesta (por amenaza cierta e inminente o por violación efectiva) del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental [...]», en: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Las reglas de procedencia del amparo contra amparo creadas por el Tribunal Constitucional*. Piura: Facultad de Derecho de la Universidad de Piura - PIRHUA, 2007, p. 13. También disponible en: <<http://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/>

por el profesor Samuel Abad Yupanqui, el proceso de amparo es un proceso cuya peculiaridad descansa en su naturaleza constitucional (los principios que informan al proceso provienen de la Constitución y no de normas procesales), porque se basa en los valores y en la especialidad de los derechos que este resguarda, agregando y parafraseando al profesor y jurista argentino Néstor Pedro Sagüés, que este proceso es el «[...] encargado de velar –en forma inmediata y directa– por el respeto del principio de supremacía constitucional o por la salvaguarda de los derechos constitucionales»¹⁹.

Cabe precisar que este proceso constitucional fue reconocido por vez primera en el ordenamiento constitucional peruano en la Constitución Política de 1979²⁰, en su artículo 295, donde se refiere que: «La

handle/123456789/2072/Reglas_procedencia_amparo_contra_amparo_creadas_TC.pdf?sequence=1».

¹⁹ ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. *Op. cit.*, pp. 94-95. En esta misma línea de argumentación, el profesor EGUIGUREN esgrime que: «Debe tenerse presente que, en el Perú, el proceso de amparo protege determinados derechos reconocidos por la Constitución, mas no así derechos emanados de la ley. Obviamente, en este elenco de derechos protegidos por el amparo deben agregarse los que emanan de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, así como tener presente la estipulación establecida en el artículo 3 de la Constitución. [...] Sin embargo, no considero que la regulación del amparo en el Perú incurra en una violación o cumplimiento insuficiente de la Convención cuando se restringe exclusivamente a la protección de derechos fundamentales de rango constitucional, excluyendo a los derechos emanados de la ley. Y es que el amparo peruano, a diferencia del amparo argentino, desde su incorporación en las constituciones de 1979 y 1993, siempre fue concebido como una ‘garantía constitucional’ o proceso destinado exclusivamente a la protección de derechos constitucionales, lo cual es legítimo y razonable dentro de la configuración de la estructura de procesos judiciales establecidos en cada ordenamiento nacional». En: EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. «El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Konrad-Adenauer - Stiftung E. V., 2007, pp. 374 y 375. En: *Pensamiento Constitucional*, Año XII, N° 12, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 225-227. También disponible en: <<http://www.kas.de/wf/doc/5585-1442-4-30.pdf>>.

²⁰ CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco. *Constitución de 1993, lectura y comentario*. Lima: Nerman, 1994, pp. 435-438. Citado por y en: LANDA ARROYO, César. «El amparo en

acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de hábeas corpus en los que es aplicable»; mientras que nuestra actual Constitución Política de 1993, lo contempla en su inciso 2 del artículo 200, que establece que el proceso de amparo «[...] 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 [...]. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular».

En resumen, el proceso constitucional de amparo es un medio procesal que tiene por objeto asegurar el goce y ejercicio efectivo de los derechos de los particulares establecidos en nuestra Constitución Política, reponiendo estos al estado anterior a la amenaza o afectación, siendo un medio definitivo que concluye con la controversia, pues, de acuerdo con el mismo Abad Yupanqui, el proceso de amparo es:

591

[...] un proceso declarativo o de conocimiento, pues tiene como presupuesto la inseguridad o incertidumbre respecto a la violación de un derecho constitucional por parte de una autoridad, funcionario o persona, que debe ser aclarada por la respectiva sentencia. [...] Consideramos, más bien, que el proceso de amparo constituye una tutela privilegiada [...] cuya finalidad esencial es proteger eficazmente los derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de un proceso especial que cuenta con un trámite procesal más acelerado, «por la naturaleza prevalente del derecho en litigio (*v. gr.* los derechos fundamentales)».²¹

En esta misma línea, este proceso constitucional en comentario es un medio procesal extraordinario en el que no se discute la titula-

el nuevo Código Procesal Constitucional peruano», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005, p. 362. También disponible en: <<http://www.kas.de/wf/doc/5589-1442-4-30.pdf>>.

²¹ ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo. Op. cit.*, pp. 95 y 96.

ridad del derecho o derechos invocados por el recurrente como en los procesos ordinarios, sino que se busca evitar que la afectación a los mismos se conviertan en irreparables, siendo esta una razón por la cual no existe etapa probatoria en este proceso²², de conformidad con el artículo 9 del Código Procesal Constitucional²³.

Por tal motivo, es correcto afirmar que dicho proceso, al igual que el resto de procesos constitucionales, ha alcanzado con el tiempo una gran importancia y protagonismo, como bien señala el jurista y expresidente del Tribunal Constitucional, Javier Alva Orlandini, cuando refiere que: «El amparo –y los otros procesos constitucionales– adquirieron relevancia desde que el Tribunal Constitucional se emancipó de la dictadura y ejerció sus atribuciones con autonomía e independencia»²⁴.

²² Sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que: «La ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo se deriva de la finalidad y del objeto del proceso, ya que en él no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino solo se restablece su ejercicio ante una afectación manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por ello, para que se pueda emitir un pronunciamiento de fondo, es preciso no solo que no se encuentre en discusión la titularidad del derecho constitucional que se alega vulnerado, sino, incluso, que quien sostiene que ha sido afectado en su ejercicio acredite la existencia del acto reclamado. Ello quiere decir que la titularidad del derecho cuya vulneración o amenaza de vulneración se alega debe ser cierta e indubitable, y no controvertida o dudosa. De ahí que el amparo constituya un proceso en el que el juez no tiene, en esencia, que actuar pruebas, sino solo juzgar la legitimidad o ilegitimidad constitucional del acto reputado como lesivo, pues, en tanto vía de tutela urgente, este proceso requiere ser rápido, sencillo y efectivo. Por ello, en el proceso de amparo se está a la prueba de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente que se adjunta cuando se demanda o se contesta», en: STC 04762-2007-PA/TC, fundamentos 10 y 11.

²³ El artículo 9 del Código Procesal Constitucional, Ley 28237, en relación a la ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales, señala: «En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa».

²⁴ ALVA ORLANDINI, Javier. «Proceso de Amparo en el Perú», en: *Revista Estado Constitucional*, año 1, N° 5, Arequipa: Adrus, 2012, p. 7.

Consecuentemente, a partir de lo expuesto, se puede concluir que el proceso de amparo, en el derecho nacional, se constituye como un proceso constitucional que pretende resguardar el goce y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de las personas establecidos y reconocidos por nuestra Constitución Política, reponiendo estos a su situación anterior a la amenaza u afectación, siendo un medio definitivo para restablecer el derecho o derechos invocados por el recurrente.

2.3. La tutela de urgencia en el proceso constitucional de amparo

Ahora, la eficacia en la protección de los derechos constitucionales que pretende el proceso constitucional de amparo se encuentra intrínsecamente relacionado con la tutela de urgencia que este mismo requiere, más aun si asumimos, al igual que Giancarlo Rolla que: «La finalidad de asegurar una tutela directa de los derechos de la persona ha favorecido [...] la progresiva difusión de los procedimientos principalmente orientados a asegurar una tutela directa de los derechos constitucionales», agregando el mismo autor que: «En dicho contexto, el modelo latinoamericano de justicia constitucional se evidencia en la introducción del juicio de amparo, como instrumento privilegiado de garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales»²⁵. Efectivamente, los procesos constitucionales que tienen como finalidad garantizar y preservar los derechos constitucionales tienen que caracterizarse por ser sencillos, rápidos y efectivos, puesto que han sido creados para evitar perjuicios irreparables a estos derechos, requiriendo, para dicho fin, de una tutela de urgencia que los diferencie del resto de procesos²⁶.

593

En esta misma línea argumentativa, la tutela de urgencia que se exige para los procesos constitucionales encargados de la defensa de los

²⁵ ROLLA, Giancarlo. «La tutela directa de los Derechos Fundamentales por los Tribunales Constitucionales», en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 11, enero /diciembre, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 312.

²⁶ ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. *Op. cit.*, pp. 95-97; RTC 00906-2009-AA/TC, f. j. 9; RTC 09387-2006-AA/TC, fundamento 3.

derechos fundamentales se encuentra relacionado con la finalidad que estos persiguen; esto es, ser medios efectivos contra las amenazas y violaciones a estos derechos, como bien reclama el numeral 1 del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), conocido también como el Pacto de San José, que dispone:

Artículo 25.- Protección Judicial

1. *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. [...] (cursivas nuestras).*

El citado numeral 1 del artículo 25 de la CADH exige a los Estados parte²⁷ un medio procesal que garantice los derechos fundamentales reconocidos tanto por el ordenamiento interno de cada país como por la misma Convención y que, en nuestra realidad jurídica, hace referencia a los procesos constitucionales encargados de la protección de derechos constitucionales, como es el proceso de amparo, por lo que se requiere que su diseño procesal cumpla con las características de ser un medio sencillo y rápido. En este contexto, el proceso de amparo como lo expone el profesor Abad:

594

[...] constituye una manifestación de la tutela de urgencia constitucional, es decir, que por la relevancia de los derechos fundamentales que protege, cuenta con un diseño procesal sumarísimo que le permite garantizar su efectiva protección. De esta manera, se sostiene que el amparo se distingue

²⁷ Sobre este extremo, es necesario precisar que el Estado peruano suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 27 de julio de 1977, ratificándolo el 12 de julio de 1978 y realizando el depósito del instrumento internacional el 28 de julio de 1978. Luego, el 21 enero de 1981, el Estado peruano aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos3.html>>.

de los restantes procesos (civiles, laborales y contencioso administrativos), pues pretende garantizar que toda persona pueda contar con una herramienta jurisdiccional sencilla, rápida y, en definitiva, efectiva, que le permita obtener la protección que requiere de sus derechos fundamentales.²⁸ (cursiva nuestra).

Y es que, siguiendo la premisa de que el proceso constitucional de amparo es una vía procesal extraordinaria por la calidad de protección que brinda, el cual debe diferenciarse del resto de procesos, siendo la tutela de urgencia uno de sus principales diferenciadores, pues, como correctamente señala el profesor Eguiguren Praeli, este proceso se encuentra «[...] destinado a la tutela de urgencia de un derecho constitucional [...]», por lo que «[...] se quiere evitar que se lleven a esta vía extraordinaria asuntos ajenos al contenido relevante y esencial constitucionalmente protegido del derecho invocado, los que pueden resolverse por las vías judiciales ordinarias o específicas»²⁹.

595

Asimismo, debemos precisar que los procesos constitucionales destinados a la tutela de derechos constitucionales suponen una tutela de urgencia, característica que para los profesores Monroy Gálvez y Monroy Palacios significa que: «[...] tiene por finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora mediante la secuela de un proceso. A este efecto, la referida tutela se puede clasificar en: a) tutela de urgencia cautelar y b) tutela de urgencia satisfactiva». Ahora, siguiendo tanto a los citados juristas nacionales como a Omar Cairo Roldán, podemos afirmar, respecto de la tutela de urgencia cautelar, que esta se encuentra dirigida a la adopción de medidas provisionales frente al peligro en la demora de una decisión

²⁸ ABAD YUPANQUI, Samuel. «La sentencia estimatoria de amparo: La difícil ruta para su ejecución», en: *Ius et Veritas*, N° 48, julio, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 244-245.

²⁹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. «El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano...», en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*. *Op. cit.*, p. 376. En: *Pensamiento Constitucional*, *Op. cit.*, p. 228.

final, pues, a través de esta tutela se pretende impedir que el paso del tiempo convierta en ficticia o lórica la efectividad de la decisión derivada del proceso (un claro ejemplo de esta especie de tutela son las medidas cautelares); en cambio, la tutela de urgencia satisfactiva pretende una protección jurisdiccional inmediata y definitiva con el objetivo de que se resuelvan conflictos en los cuales se estén amenazando o vulnerando derechos antes de que estos devengan en irreparables³⁰.

Así, en base a lo antes señalado, consideramos que el proceso de amparo es una manifestación de tutela de urgencia satisfactiva, ya que su objeto es la protección de los derechos constitucionales invocados ante una inminente amenaza o afectación, por lo que requiere una actuación expeditiva, y al mismo tiempo, que esta actuación conlleve a una decisión concluyente del litigio³¹.

596

En definitiva, nuestra propuesta de promover –con determinadas reformas– el proceso de amparo electoral como un medio procesal directo ante el TC parte del beneficio que generaría al mismo proceso de amparo previsto por nuestra Constitución Política, ya que permitiría que sea un verdadero medio de protección de urgencia, puesto que la suma del tiempo en el que se desarrolla y resuelve el proceso en las dos instancias jurisdiccionales del PJ, más el tiempo en que se demora en conocer y decidir el TC, tiende a ser excesivo frente al breve plazo que otorga el calendario electoral, teniendo como consecuencia que los derechos demandados devengan en irreparables, desnaturalizándose con ello la finalidad del proceso.

³⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. «Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales». En: MONROY PALACIOS, Juan José. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra Editores, 2004, pp. 64-90; CAIRO ROLDÁN, Omar. *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*. Lima: Palestra Editores, 2004, pp. 175-176.

³¹ En esta misma línea de argumentación, seguimos al jurista nacional Omar Cairo Roldán quien expone que: «El proceso de Amparo es una expresión de la Tutela de Urgencia Satisfactiva, pues su objetivo es proteger derechos de las personas cuya afectación o amenaza requieren ser suprimidos con suma rapidez», en: CAIRO ROLDÁN, Omar. *Op. cit.*, p. 176.

3. Problemática con el diseño actual del proceso de amparo electoral

3.1. Diseño poco idóneo del actual proceso de amparo electoral

Nuestro planteamiento apuesta por una modificación radical del modelo actual de tramitación del proceso constitucional de amparo, al formular un amparo directo contra las decisiones finales y definitivas del JNE, el cual es un organismo constitucionalmente autónomo de competencia nacional, encargado de la administración de justicia electoral (jurisdicción electoral)³², cuya máxima autoridad es el Pleno del JNE³³. Asimismo, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Onpe) es el organismo especializado en organizar y ejecutar los procesos electorales en el Perú, que junto con el citado JNE y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), constituyen el sistema electoral peruano³⁴.

En principio, las resoluciones dictadas en instancia final, y con carácter de definitiva, por parte del JNE no son revisables por mandato constitucional. Sin embargo, esto ha sido matizado a través de la jurisprudencia del TC. En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 142 de nuestra Constitución Política, las resoluciones del JNE no son revisables por el PJ. De acuerdo con lo señalado en la citada disposición constitucional:

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.

³² STC 00002-2011-PC/TC, fundamentos 29-32.

³³ Según el artículo 178 de la Constitución Política del Perú: «Compete al Jurado Nacional de Elecciones: [...] 4) Administrar justicia en materia electoral».

³⁴ Según el artículo 177 de la Constitución Política del Perú: «El sistema electoral está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones; la Oficina Nacional de Procesos Electorales; y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Actúan con autonomía y mantienen entre sí relaciones de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones». De igual forma, se encuentra dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Elecciones, Ley 26859 y en la jurisprudencia vinculante del TC (Cfr. STC 00002-2011-PC/TC).

Este mismo articulado debe leerse en consonancia con el 181 de la misma Constitución que dice:

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

Hasta ahí entenderíamos que no son revisables en sede judicial las decisiones del JNE, dictadas en instancia definitiva, pero sobre estas citadas disposiciones constitucionales, nuestro TC ha interpretado y concluido lo siguiente:

598

[...] aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio solo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. 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 solo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando este resulta viable en mecanismos como el amparo.³⁵

Así, en otra oportunidad, el mismo TC sentenció que:

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 142° y 181° de la Constitución, tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue

³⁵ STC 02366-2003-AA/TC, fundamento 4.

la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. [...] 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. [...] No existe, pues, justificación constitucional alguna para que el JNE se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.³⁶

A partir de lo expresado por el TC, en la citada jurisprudencia, podemos entender que procede el proceso de amparo contra decisiones definitivas del JNE cuando estas vulneran un derecho constitucional, no siendo el objetivo de este proceso realizar una revisión del proceso electoral, sino evaluar si existe una lesión manifiesta a algún derecho constitucional a través de los fallos emitidos por el JNE³⁷.

³⁶ STC 05854-2005-PA/TC, fundamentos 20 y 21.

³⁷ Para tal propósito el amparo electoral ha sido definido por José NAUPARÍ WONG como: «[...] todos aquellos procesos que tengan por finalidad cuestionar resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones emitidas en el marco de los procedimientos que se generan durante el proceso electoral, el mismo que se encuentra delimitado, como hemos señalado, por los actores del proceso y, temporalmente, desde la convocatoria hasta el cierre del proceso electoral», en: NAUPARÍ WONG, José. «¿Resultaría “útil” el denominado “amparo electoral”?», en: *Revista Estado Constitucional*, año 1, N° 1, Arequipa: Adrus, 2011, p. 207. De igual forma, Gerardo ETO CRUZ explica, sobre este supuesto de amparo, que: «[...] en el año 2005 el Tribunal Constitucional llevó a cabo una novedosa e importante interpretación de esta norma constitucional, permitiendo el amparo en tales supuestos. Por su parte, el Código Procesal Constitucional estableció una norma específica en el texto original del artículo 5, inciso 8, que era acorde con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional. A pesar de esto, mediante la ley 28642 se modificó el artículo 5, inciso 8 del Código. Esta Ley fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad y en el fallo respectivo el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y reiteró sus argumentos respecto a la interpretación del artículo 142 de la Constitución, entendiendo que no puede ser entendido de forma literal sino en armonía con el respeto y garantía de los derechos fundamentales», en: ETO CRUZ, Gerardo. «El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo», en: *Pensamiento Constitucional*, N° 18, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 167.

Ahora bien, debemos aceptar que lamentablemente, la justicia constitucional no resulta ser, en muchos de estos casos, un medio efectivo para garantizar los derechos constitucionales que puedan verse afectados mediante decisiones en instancia final y definitiva del JNE, ya que esta modalidad de proceso de amparo, dada la forma como está diseñado actualmente, no es una vía procesal efectiva de tutela, puesto que cuando se resuelve de forma concluyente la controversia planteada, es decir, cuando se agotan todas las instancias de la jurisdicción constitucional, incluida la instancia del fuero del TC, el derecho que se pretendía tutelar se vuelve irreparable³⁸. Arribamos a esta conclusión en tanto reconocemos que siendo los procesos electorales breves y preclusivos, la restitución del derecho que se pretende, si la resolución final le fuera favorable al recurrente, no operaría para el proceso de sufragio ya concluido.

³⁸ Al respecto, un caso ilustrativo en que el Tribunal Constitucional pretendió restituir el derecho constitucional afectado, aun habiendo operado la sustracción de la materia, es el conocido caso Castillo Chirinos (Cfr. STC 02730-2006-PA/TC), en el cual existió una afectación directa del derecho del recurrente a través de una decisión del JNE que lo vacaba inconstitucionalmente en su cargo de alcalde de Chiclayo bajo la premisa que tenía una resolución judicial firme que imponía una pena privativa de libertad, pese a no existir tal decisión judicial. En dicho contexto, el TC decidió amparar el derecho del recurrente, aun habiendo devenido en irreparable su derecho, lo que generó un problema en su ejecución puesto que: «[...] se creó una complicada situación en la que dos personas reclamaban ser los legítimos alcaldes del Chiclayo: por un lado, el señor Castillo Chirinos invocando la sentencia del TC y, por otro lado, la persona que lo había reemplazado, invocando la resolución del JNE. Castillo pretendió a inicios de setiembre ingresar al local del municipio a la fuerza y con apoyo policial, generándose un violento enfrentamiento que culminó con el incendio de dicho local, patrimonio histórico de dicha ciudad. Durante varias semanas, Chiclayo estuvo librada al desgobierno y caos municipal, acumulándose toneladas de basura y otros serios problemas, sin entendimiento alguno entre los dos bandos en disputa», en: LOVATÓN PALACIOS, David. «Conflicto entre el TC y el JNE: víctimas de su propio éxito», en: *Justicia Viva Mail*, N° 271, 18 de octubre de 2006, Lima: Instituto de Defensa Legal - Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. También disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0271.html>>.

Esta problemática no ha pasado inadvertida por el TC, puesto que en diferentes casos ha expresado su preocupación en relación al diseño del amparo electoral, como sucedió en el caso Espino Espino³⁹, en donde se configuró la sustracción de la materia y con ello la irreparabilidad de los derechos invocados al haber sido el demandante separado de la contienda electoral, sin que pueda participar de la misma. La situación antes descrita se ha repetido en diferentes casos en los que la demanda de amparo fue interpuesta durante un periodo electoral y fue resuelta tiempo después por el mismo Tribunal⁴⁰, y en varios de los cuales se concluyó que:

[...] resulta evidente que en las actuales circunstancias la alegada violación se ha tornado irreparable, toda vez que, como es de público conocimiento, el referido proceso eleccionario ya culminó; razones por las cuales la demanda debe ser desestimada en aplicación del artículo 5.5 del Código Procesal Constitucional⁴¹.

En este escenario la vulneración de los derechos constitucionales de los recurrentes devino en irreparable por la falta de tutela de urgencia, lo que tuvo como consecuencia que el TC planteara al Congreso de la República, en el caso Pedro Andrés Lizana Puelles, lo siguiente:

[...] 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: a) Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral; b) 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

³⁹ STC 02366-2003-AA/TC.

⁴⁰ STC 02366-2003-AA/TC, f. j. 7; RTC 03985-2008-PA/TC, ff. jj. 5 y 7; RTC 01936-2007-PA/TC, f. j. 3; RTC 06620-2006-PA/TC, f. j. 3.

⁴¹ RTC 06211-2007-AA/TC, f. j. 3; RTC 06649-2006-PA/TC; f. j. 4; RTC 02746-2006-PA/TC, f. j. 3.

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; c) Sancionar a aquellos jueces constitucionales que, contraviniendo el artículo 13° del CPCConst., no concedan trámite preferente a las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del JNE en materia electoral; d) 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.⁴²

Como podemos apreciar, en su momento, el TC planteó que el proceso de amparo contra decisiones del JNE fuesen vistas y resueltas en primera instancia por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema del PJ y que la segunda instancia sea competencia del propio Tribunal. Esta propuesta es interesante y resalta la necesidad de una reforma legislativa en la materia; sin embargo, esta tendría el inconveniente de no generar una tutela de urgencia y sumariedad de las etapas procesales suficiente para estos casos. Efectivamente, este proceso constitucional exige la consecución de la protección real y efectiva de los derechos fundamentales, lo cual ante las particulares características de los procesos electorales, no se ve completamente satisfecho.

602

Ciertamente el amparo electoral posee serias deficiencias en su diseño procesal, lo cual se evidencia en las dilaciones que se presentan tanto en trasladar el expediente entre instituciones distintas y distantes (JNE, PJ y TC), como en resolver las mismas. En efecto, para empezar, el expediente se traslada desde las oficinas del JNE a la mesa de partes del PJ (en dos instancias diferentes), luego desde las oficinas del PJ a la mesa de partes del TC, y solamente estamos haciendo referencia al envío y recepción de los folios entre uno y otro despacho, observando una demora que podría generar una vulneración irreparable. Asimismo, debemos tener en cuenta que al ser tres instituciones las que resolverían el

⁴² STC 05854-2005-AA/TC, f. j. 39, c.

caso, ello implica que tres órganos jurisdiccionales distintos (en el caso del PJ son dos instancias que tienen que pronunciarse sobre el caso) van a requerir de tiempo para conocer, analizar y sentenciar, y que estos no son los únicos casos pendientes de resolver en sus despachos, lo cual genera un riesgo mayor aún de afectación permanente a los derechos de los recurrentes en estas situaciones⁴³.

En tal sentido, el TC, al percatarse de esta problemática en el esquema procesal del amparo en este supuesto, propuso cambios para afinar la tutela de los derechos de los recurrentes a través del proceso de amparo, puesto que, repetimos, el modelo actual no brinda una tutela efectiva que procure la reparabilidad del derecho invocado en este supuesto. Rescatamos que el supremo intérprete de la Constitución haya propuesto un trámite especial para las demandas contra las resoluciones finales del JNE, pero consideramos que su propuesta no es del todo eficiente o, si se quiere, no satisface la necesidad de un pronto pronunciamiento en un contexto electoral.

603

Creemos que la tutela de urgencia en estos casos requiere de una especial lectura, dado que, como bien señala el mismo TC, un proceso de amparo no puede detener el cronograma electoral, por lo que es

⁴³ Sobre este extremo, es necesario precisar que la Defensoría del Pueblo, en su reciente Informe Defensorial N° 172, concluyó, sobre la tramitación y duración del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima, que: «La calificación de la demanda tarda, en promedio, 2 meses y 16 días desde su presentación. Esta situación se debe, entre otras razones, al elevado y constante flujo de nuevas demandas, y puede empeorar ante la presentación masiva de demandas. El proceso de notificación representa el 18% del tiempo total del proceso: cada notificación dura más de un mes en ser entregada y, en el marco de un proceso, se realizan, por lo menos, tres notificaciones (admisión de demanda, contestación de la parte demandada, y sentencia). Estas notificaciones suman cuatro meses y dieciocho días. Cabe señalar que los juzgados constitucionales no cuentan con las condiciones necesarias para responder satisfactoriamente a las exigencias derivadas de la implementación del Sistema de Notificación Electrónica (Sinoe)». En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Estudio del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima: fortaleciendo la justicia constitucional. Informe N° 172*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2015, p. 138.

imprescindible tener una respuesta de dicho proceso antes de que concluya dicho cronograma y con cierta prudencia para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales. Al respecto, el mismo TC ha señalado que:

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 [...], en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el Jurado Nacional de Elecciones, 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 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo solo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1° del Código Procesal Constitucional (cursivas nuestras).⁴⁴

604

Visto el modelo actual del denominado amparo electoral y reconocida la necesidad de reformulación demandada por parte del TC, concluimos que este medio procesal genera una alta probabilidad de irreparabilidad del derecho o derechos reclamados, dado que no es un medio que se ajuste a los plazos y etapas de un proceso electoral, conforme lo ha expuesto por el profesor Christian Donayre, a saber:

[...] a pesar de obtener una sentencia favorable en el amparo, esta no pueda traer consigo reparar las cosas al estado anterior a la violación porque simple y llanamente el proceso electoral ya terminó, se declaró el candidato o la opción ganadora, y esta situación no puede revertirse.⁴⁵

Podemos llegar a la mencionada conclusión si nos basamos en la normativa de la materia, puesto que las elecciones presidenciales son

⁴⁴ STC 00007-2007-AI/TC, fundamento 23, b.

⁴⁵ DONAYRE MONTESINOS, Christian. *En defensa del amparo electoral*. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 108.

convocadas, de acuerdo al artículo 82 de la Ley Orgánica de Elecciones, Ley 26859, con por lo menos ciento veinte (120), y no más de ciento cincuenta (150) días, de anticipación a la realización de tal proceso (día de la votación); mientras que las elecciones municipales y regionales, de acuerdo al artículo 3 de la Ley de Elecciones Municipales, Ley 26864, y al artículo 4 de la Ley de Elecciones Regionales, Ley 27683, son convocadas con no menos de doscientos cuarenta (240) días antes del día de la elección. Por lo que cualquier afectación a los derechos constitucionales durante dichos periodos, padece de un grave riesgo de que se vuelva irreparable, pues así tenga un fallo favorable, este devendrá en inejecutable o se declarará improcedente porque el derecho o derechos invocados devinieron en irreparables durante su tramitación⁴⁶.

Entonces, el modelo actual de amparo electoral requiere que se incluyan las características propias de celeridad y brevedad del proceso electoral, ya que se necesita proveer de una defensa idónea y eficaz de los derechos fundamentales. Sobre esto, el profesor Samuel Abad Yupanqui ha explicado sobre el amparo electoral, previo a la dación del Código Procesal Constitucional, que:

605

No creemos que, en estricto, pueda hablarse de un amparo electoral que goce de una esencia distinta, pues siempre tendrá como objetivo la tutela de derechos fundamentales. Sin perjuicio de ello, debemos anotar que en estos casos conviene mostrar una mayor preocupación por el principio de celeridad procesal –con breves plazos de caducidad y posiblemente menos instancias de decisión– que en adelante debería informar a nuestra legislación. Sin duda la celeridad no solo dependerá

⁴⁶ Sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que dicha situación jurídica se constituye cuando: «[...] los efectos del acto reclamado como vulneratorio 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 invocado como supuestamente vulnerado», en: STC 00091-2005-AA/TC, fundamento 5.

de las normas que así lo señalen, sino también de la conducta del órgano encargado de resolver estos procesos.⁴⁷

Al respecto, José Nauparí Wong, analizando la doctrina jurisprudencial, señala que:

[...] el propio Tribunal Constitucional [...], ha reconocido, so pretexto de «legitimar» la procedencia del amparo electoral debido a que no altera ni suspende el calendario electoral, que todas las demandas de amparo electoral han devenido en irreparables, puesto que al momento de emitir pronunciamiento el citado órgano máximo de la jurisdicción constitucional, ya se había producido la proclamación de resultados y autoridades electas, quienes, incluso, ya habían asumido e iniciado funciones.⁴⁸

La exigencia de contar con mecanismos procesales de esta naturaleza proviene, además de la exigencia internacional derivada del sistema interamericano de protección de derechos humanos que no solo nos obliga a cumplir con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 25 de la CADH, previamente citado, sino también, en lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que ha declarado que un medio idóneo exige que el órgano jurisdiccional que resolverá la misma lo sea también, pues, en el caso *Castañeda Gútman vs. México* (Estados Unidos mexicanos) resolvió que:

606

⁴⁷ ABAD YUPANQUI, Samuel. «El proceso de amparo en materia electoral: Un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales». En: *Elecciones*, Año 1, N° 1, Noviembre 2002, Lima: ONPE, 2002, p. 220.

⁴⁸ NAUPARÍ WONG, José. *Op. cit.*, p. 208. «El mismo autor ejemplifica su argumento en este sentido: «Efectivamente, no le resultaría útil, por ejemplo, a un candidato indebidamente tachado o excluido de una lista, contar con una sentencia fundada que disponga que no se vuelva a producir el acto lesivo porque su candidatura no se encontrará asegurada para el siguiente proceso electoral, ya que o bien tendrá que ser sometido a un proceso de elecciones internas de la cual probablemente no sea elegido, o en su defecto designado por el órgano de la organización política que disponga su estatuto».

Este Tribunal considera que el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 de la Convención es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.⁴⁹

A partir de este caso, creemos que si el modelo actual de amparo contra decisiones del JNE plantea un proceso cuyos órganos jurisdiccionales competentes para conocer la causa constitucional son el PJ, en dos instancias, y el TC, en una tercera y última, y que en cada una de estas exista demora en tramitar y resolver la misma, y que el recurrente debe transitar por estas tres instancias obligatoriamente para obtener una decisión final, y que al lograr esta decisión, la elección ya se realizó y su derecho invocado devino en irreparable, podemos concluir que no tenemos un modelo tutelar idóneo para estos casos, conforme lo exigido por la citada Corte IDH.

607

De igual manera, la misma Corte IDH ha señalado en varias oportunidades que debe entenderse como un medio idóneo que cumpla con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 25 de la CADH, pues en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, resolvió que:

Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. [...]Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido.⁵⁰

⁴⁹ CORTE IDH. *Caso Castañeda Gútman vs. México (Estados Unidos mexicanos)*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 100.

⁵⁰ CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Fondo, párrs. 64 y 66.

Posteriormente, la mencionada Corte IDH, en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, sobre este mismo punto expondría lo siguiente:

[...] no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención. Esta Corte ha establecido reiteradamente que la existencia de este tipo de garantías constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención (cursivas nuestras).⁵¹

En estos casos, la Corte IDH exige a los Estados parte de la CADH que los procesos encargados para la tutela de los derechos fundamentales no sean procesos aparentes sino efectivos, que cumplan con los objetivos para los que fueron creados. Como hemos señalado, la regulación actual del amparo electoral no cumple con su finalidad garantista porque su diseño procesal no se condice con la realidad del proceso electoral, conforme hemos explicado líneas arriba.

608

También, la citada Corte IDH en otra ocasión ha señalado la obligación de los Estados de proporcionar un medio sencillo y rápido para la tutela de los derechos fundamentales dentro de los procesos electorales, puesto que en el caso Yatama vs. Nicaragua declaró que:

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, este 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 las establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. [...] En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rá-

⁵¹ CORTE IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia del 31 de enero de 2001. Fondo, reparaciones y costas, párr. 90.

*pido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral. (cursivas nuestras).*⁵²

La propia Corte IDH ha declarado y exigido que se implemente un proceso sencillo y rápido que garantice los derechos fundamentales, y de forma especial, la protección de los derechos políticos durante el desarrollo de los procesos electorales; sin embargo, todo lo dicho anteriormente, en el caso del proceso de amparo contra decisiones del JNE, este no provee una tutela real y efectiva de estos derechos, por lo que se deben plantear cambios en su diseño procesal para que este brinde una protección cierta y eficaz para estos derechos⁵³.

Ahora bien, es preciso reiterar que las disposiciones de la CADH⁵⁴ y la jurisprudencia de la Corte IDH son vinculantes para el Estado peruano⁵⁵, por lo que si en el citado fuero se exige un proceso dotado con un cierto grado de efectividad y eficiencia, dicho mandato se constituye en un deber de obligatorio cumplimiento para nuestra judicatura y para nuestros legisladores⁵⁶.

609

⁵² CORTE IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 175.

⁵³ Sobre este extremo, es necesario precisar que resulta contradictorio que en nuestro contexto jurídico, el proceso constitucional de amparo no constituya un mecanismo procesal efectivo para la tutela de los derechos fundamentales, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo concibe así, pues este órgano jurisdiccional internacional ha declarado, respecto del numeral 1 del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que: «El texto citado es una disposición de carácter general que 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», en: CORTE IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A, N° 8, párr. 32.

⁵⁴ STC 00217-2002-HC/TC, fundamento 2; STC 02798-2004-HC/TC, fundamentos 8 y 9.

⁵⁵ STC 02730-2006-PA/TC, fundamentos 11-14; STC 00007-2007-AI/TC, fundamentos 25-37.

⁵⁶ En esta misma línea de argumentación, el profesor Francisco Eguiguren Praeli concluye que: «[...] la existencia de esta norma y su contenido permiten sostener una

A partir de lo expuesto, podemos concluir que el modelo de amparo actual no cumple con las exigencias mínimas requeridas en el supuesto contra decisiones firmes del JNE, en cuanto no es un proceso urgente, sumario y, por ende, tampoco es extraordinario, ya que como hemos señalado, el derecho o derechos que pretende preservar en este supuesto devienen en irreparables en muchos casos. Entonces, se puede afirmar que el diseño procesal establecido no llega a ser un proceso efectivo para la tutela de los derechos constitucionales, entre los que destacan los de carácter político y, por ello, no garantiza una tutela jurisdiccional efectiva⁵⁷.

3.2. La demora procesal como principal problema del diseño actual del amparo electoral

Conforme hemos manifestado, el proceso de amparo debe ser una vía de pronta tutela de los derechos constitucionales, pero en la práctica esto no sucede, puesto que nuestra justicia constitucional tiende a dilatarse en exceso, lo que impide ser una justicia constitucional real y cierta. En efecto, en el reciente Informe Defensorial 172, que

interpretación que conduce a que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional. Y es que si los derechos plasmados en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, se atribuye a estos el papel de parámetro o límite para el contenido de dichos derechos y su interpretación, lo que no podría ser posible si fueran normas de rango inferior a la Constitución», en: EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. «Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana». En: EGUIGUREN PRAELI, Francisco José y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Dos ensayos sobre nueva jurisprudencia constitucional: los tratados de derechos humanos y el hábeas corpus contra resoluciones judiciales*. Lima: Consorcio Justicia Viva - Instituto de Defensa Legal, 2003, p. 8. También disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/publica/03.pdf>>.

⁵⁷ Sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: «El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye la reafirmación del carácter instrumental del proceso, en tanto mecanismo de pacificación social. En esa línea, dicha efectividad abarca no solo aquellas garantías formales que suelen reconocerse en la conducción del proceso (lo que, en teoría, atañe más al derecho al debido proceso) sino que, primordialmente, se halla referida a la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales, amenazadas o lesionadas, que son discutidas en la litis», en: STC 00607-2009-PA/TC, fundamento 44.

contiene un análisis respecto del funcionamiento y efectividad del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima, en el cual la Defensoría del Pueblo concluyó que:

La duración irrazonable del amparo afecta su principal característica: ser un proceso de tutela urgente de los derechos fundamentales. [...] En promedio, un proceso de amparo tarda 3 años en ser resuelto, tiempo que considera únicamente la primera (25 meses y 8 días) y segunda instancia (11 meses y 12 días), más no el tiempo que tomaría continuar el proceso ante el Tribunal Constitucional.⁵⁸

Así, a efectos de que una demanda de amparo obtenga una decisión final, ya sea favorable o no para el litigante, acarrea una cantidad considerable de tiempo, a veces excesiva, como bien explica y complementa el profesor Abad Yupanqui:

En el Perú, concretamente en Lima, una demanda de amparo puede demorar semanas y hasta meses en ser calificada, es decir, para que el Juez decida si la admite o no lo hace. Si la demanda se rechaza de plano por existir una causal de improcedencia manifiesta, mientras que se resuelve la apelación (asumamos que la Corte Superior revoca la decisión) y el expediente se devuelve al Juzgado pueden pasar más de seis meses. Si admite la demanda, hasta que se dicte sentencia de primer grado, fácilmente superamos el año. De ahí, si se apela, el expediente llega a la Sala Civil de la Corte Superior y, previo recurso de agravio constitucional, se accede al Tribunal Constitucional (en adelante, TC), el cual tampoco suele cumplir los plazos establecidos.⁵⁹

611

En este mismo sentido, Javier Alva Orlandini expresó en su momento su preocupación en relación a los procesos de amparo que se presentan contra una decisión del JNE en el transcurso de un proceso electoral y la dilación procesal que estos padecen, exponiendo que:

⁵⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Op. cit.*, p. 137.

⁵⁹ ABAD YUPANQUI, Samuel. «La sentencia estimatoria de amparo: La difícil ruta para su ejecución». *Op. cit.*, p. 245.

Cuando se trata, por ejemplo, de procesos electorales en los cuales los plazos son breves, sería inconveniente que se plantee una acción de amparo ante un juez de primera instancia para que luego, recurrida que sea la sentencia ante la sala correspondiente, y en ella desestimada, llegue al Tribunal Constitucional, porque ese recorrido supondría varios meses, y una acción de amparo para resolver una cuestión vinculada a un proceso electoral no puede demorar tanto tiempo, porque no sería oportuna. En ese caso, la justicia constitucional llegaría a destiempo.⁶⁰

Por lo tanto, el actual diseño del proceso de amparo no cumple, bajos criterios garantistas, con una exigencia básica para ser considerado un medio idóneo de protección de los derechos constitucionales, pues su falencia radica en la poca efectividad y celeridad del mismo, más aun si nos colocamos en el supuesto de amparo materia de la presente investigación.

612

De igual forma, nuestro TC ha interpretado los alcances del precitado numeral 1 del artículo 25 de la CADH, en concordancia con la relación que existe entre la efectividad de los medios procesales y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, concluyendo 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 [...]. Esta obligación constitucional se desprende además de los convenios internacionales de los que el Perú es parte.⁶¹

Así, la demora en resolver de forma definitiva las controversias constitucionales referidas a supuestas afectaciones por parte de la ju-

⁶⁰ ALVA ORLANDINI, Javier. «Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Javier Alva Orlandini, con motivo de la juramentación de los Doctores César Landa y Juan Vergara como magistrados». En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Memoria del Presidente del Tribunal Constitucional Dr. Javier Alva Orlandini 2005*, Lima: Tribunal Constitucional, 2005, p. 87.

⁶¹ STC 04119-2005-PA/TC, fundamento 64.

risdicción electoral, acompañado por el escueto calendario electoral en que los procesos electorales se desarrollan, dificulta lograr la finalidad de reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional si este se produjera a través de una decisión firme del JNE, siendo en estos casos poco efectivo el proceso constitucional⁶².

Es así que en aras de cumplir con los principios procesales de eficacia y celeridad, elementos esenciales de todo proceso constitucional encargado de la tutela de los derechos constitucionales, el proceso de amparo no puede ser indiferente a las propuestas de cambio –que aquí venimos planteando– en su diseño estructural; teniendo como objetivo, convertir al amparo en un proceso que se trámite directamente ante el TC y que este pueda pronunciarse sobre la controversia sin necesidad de que la causa constitucional sea previamente conocida por las instancias jurisdiccionales del PJ⁶³.

⁶² Sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha concluido que desde el año 1995 han sido resueltas diversas demandas de amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, en las cuales, muchas de estas han concluido en la irreparabilidad del derecho recurrido. En: STC 00007-2007-AI/TC, fundamento 27.

⁶³ Sobre este extremo, es necesario precisar que si no existe un proceso idóneo para la tutela de los derechos constitucionales, es decir, un proceso que cumpla con la finalidad para el que fue instaurado en el ordenamiento jurídico, estamos afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues como bien ilustra Luiz Guilherme MARINONI: «[...] si no existe procedimiento adecuado para la tutela del derecho ambiental, el legislador afecta un derecho fundamental procesal, un derecho fundamental a la tutela efectiva, no un derecho a la tutela del medio ambiente. [...] El problema es que yo solo puedo tutelar un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva si tengo técnicas procesales capaces de permitir la tutela de todos los otros derechos. Entonces, cuando yo demando la tutela [...], pero el legislador no previó una técnica procesal capaz de permitir la tutela del medio ambiente; yo puedo invocar la inconstitucionalidad de todo el procedimiento procesal, inconstitucionalidad por omisión de una técnica procesal». En: MARINONI, Luiz Guilherme. «Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Mesa Redonda con Reynaldo Bustamante Alarcón, Francisco Chamorro Bernal, Luiz Guilherme Marinoni y Giovanni Priori Posada», en: *Ius et Veritas*, N° 39, diciembre 2009, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 324.

4. Propuesta de amparo electoral directo ante el Tribunal Constitucional

Nuestra propuesta de un proceso constitucional de amparo que sea presentado de forma directa ante el TC, sin que sea previamente conocido por parte del fuero del PJ, pretende modificar el modelo del proceso de amparo vigente; ello en función a que el mismo posee un carácter jurisdiccional compartido, ya que tanto por el PJ como el TC pueden llegar a pronunciarse sobre la misma causa constitucional, y nuestra proposición de amparo directo implica acudir ante el TC como instancia única y excluyente.

En efecto, nosotros planteamos la reforma parcial del modelo del amparo peruano, el mismo que estará dirigido a un supuesto específico y no a todos, por lo que nuestra propuesta esboza que coexistan en nuestro ordenamiento jurídico un modelo de amparo mixto, el regular (actual) y el directo (nuestra propuesta). Para tal propósito, proponemos que exista un amparo directo ante el TC que procederá luego de haber agotado la jurisdicción electoral tras una decisión firme del JNE, de tal forma que el proceso no adolezca de diversas etapas procesales que pongan en riesgo el derecho afectado o recurrido.

614

Cabe recordar que, los procedimientos jurisdiccionales electorales dentro del sistema electoral nacional se inician ante la ONPE y los Jurados Electorales Especiales (JEE), cuyas decisiones pueden ser apeladas ante el fuero del JNE⁶⁴, y posteriormente revisadas por él mismo a

⁶⁴ El artículo 34° de la Ley Orgánica de Elecciones, Ley 26859, en relación a los recursos de impugnación, señala: «El Jurado Nacional de Elecciones resuelve, en instancia definitiva, los recursos que se interpongan contra las resoluciones expedidas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en cuanto tales se refieran a asuntos electorales, de referéndum u otro tipo de consultas populares. Resuelve también las apelaciones o los recursos de nulidad que se interpongan contra las resoluciones de los Jurados Electorales Especiales».

través de los recursos extraordinarios⁶⁵, lo cual implica costos de tiempo en traslado y resolución del expediente. Si a ello se le suma, luego, la derivación del caso a la sede judicial para que sea de conocimiento de los órganos jurisdiccionales del PJ, nos enfrentamos a un escenario sumamente dilatorio en cuanto a tiempos para una pretensión que exige prontitud en la respuesta, más aun si el PJ no es un ente especializado en la tutela de derechos constitucionales⁶⁶. Esta situación empeora si lo decidido en el PJ no es favorable para el recurrente, quien acudirá al TC para que resuelva su demanda, lo cual acarrea un tiempo adicional, tanto en trámite como en su resolución, a efectos de obtener una decisión final sobre su reclamo constitucional.

Si a lo expuesto hasta aquí, le agregamos que entre la fecha de inicio y culminación de los procesos electorales, como señalamos líneas antes, tenemos como plazos máximos ciento cincuenta (150) días, según el artículo 82 de la Ley Orgánica de Elecciones, para los comicios generales, y que para las elecciones municipales y regionales, tenemos no menos de doscientos cuarenta (240) días antes del día de la vota-

⁶⁵ El artículo único de la Resolución N° 306-2005-JNE, que establece en materia electoral el «Recurso Extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva», señala: «Establecer en materia electoral el “Recurso Extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva” el cual deberá ser presentado debidamente fundamentado dentro del tercer día de notificado con la resolución del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, y será resuelto en el plazo de 3 días».

⁶⁶ Al respecto, mediante la Resolución Administrativa 319-2008-CE-PJ, de fecha 17 de diciembre de 2008 y publicada el 28 de enero de 2009, se convirtió algunos juzgados civiles del Distrito Judicial de Lima en juzgados constitucionales, medida que no fue una solución frente a la problemática de la falta de juzgados especializados en materia constitucional. Sobre esto, el profesor BLANCAS BUSTAMANTE opina respecto de esta problemática que: «[...] existen juzgados especializados en Lima, pero no jueces especializados. [...] no se puede convertir un juez civil en juez constitucional con un cursillo de un mes, por lo menos tendrían que hacer algo parecido a una maestría, no menos de doce meses. No es fácil el cambio. Entonces eso se nota en la calidad de las resoluciones que emiten. Hay que ir a una especialización», en: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Proceso de Amparo en el Perú», en: *Revista Estado Constitucional*, año 1, N° 5, Arequipa: Adrus, 2012, p. 8.

ción, de acuerdo al artículo 3 de la Ley de Elecciones Municipales y al artículo 4 de la Ley de Elecciones Regionales, respectivamente. Como se aprecia, estos lapsos temporales se vuelven más que perentorios para efectivizar los derechos constitucionales, entre los que podrían destacarse los derechos de carácter político.

Por otra parte, lo que demore el proceso constitucional afecta de forma directa el éxito o fracaso de la campaña electoral, dado que esta campaña gira en torno a cómo el candidato o candidata se relacione con los electores; siendo el caso que un proceso judicial dilatado no suele ser un buen indicador social de idoneidad para gobernar y elegir a quien ejercerá el poder, lo cual en cierto sentido mitiga su derecho a participar en una contienda electoral en igual condiciones que el resto de participantes.

616

Así entonces, es posible concluir que el proceso de amparo contra las decisiones firmes del JNE, o también denominado amparo electoral, tal como está regulado actualmente, no cumple con su objetivo, el cual es asegurar una protección eficaz de los derechos constitucionales y la restitución de los mismos al estado previo a su afectación⁶⁷. En este sentido, afirmamos que, en el supuesto descrito, el proceso de amparo no cumple el objetivo para el que fue creado, en tanto que los plazos del proceso electoral son muy breves y preclusivos; y, mientras se resuelve la demanda en las diferentes instancias de la jurisdicción constitucional, la alegada afectación se torna irreparable como consecuencia del modelo de protección actual del amparo electoral que no otorga una real garantía para satisfacer la pretensión de fondo⁶⁸.

Por lo que creemos que para evitar una desprotección de los derechos constitucionales de los particulares, resultando posiblemente, en

⁶⁷ BLUME FORTINI, Ernesto. *Op. cit.*, p. 228; ROLLA, Giancarlo. *Op. cit.*, p. 306; STC 00023-2005-PI/TC, fundamentos 11 y 12.

⁶⁸ DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Op. cit.*, p. 108; NAUPARÍ WONG, José. *Op. cit.*, p. 208.

estos casos, más afectados los derechos de índole político⁶⁹, y garantizar el principio democrático que se concretiza mediante el proceso electoral⁷⁰, es necesario un cambio en el diseño procesal del amparo

⁶⁹ Sobre esto el Tribunal Constitucional peruano ha enfatizado que: «La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1 de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales. Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45 de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31 de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35 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 esta. Entre estos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2, inciso 17 y 30 a 35 (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 2, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2°, inciso 5), de reunión (artículo 2, inciso 12) y de asociación (artículo 2, 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”, en: STC 00030-2005-PI/TC, fundamento 22.

⁷⁰ Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha indicado que: «[...] el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no solo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la norma fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2, inciso 17, de la Constitución. [...] 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

contra las decisiones del JNE, a efectos de cumplir con la finalidad del proceso constitucional y con la tutela de derechos de participación política, mediante un mecanismo procesal idóneo que posea celeridad y especialidad⁷¹, el mismo que hemos venido planteando en la presente investigación.

En relación al problema del diseño del proceso de amparo contra decisiones terminantes del JNE, diferentes juristas nacionales han planteado cambios en su esquema procesal. Por ejemplo, el profesor Omar Sar propone dos soluciones frente a la mencionada problemática: en una primera proposición señala que se podría establecer el amparo en primera instancia ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, y que mediante la apelación esta pueda llegar ante el TC, ya que esta no exigiría una reforma constitucional; el mismo autor señala, como segunda propuesta, que mediante una reforma constitucional previa, se podría interponer ante el TC en instancia única la demanda de amparo contra decisiones del JNE, es decir, lo que denominados en esta investigación como amparo directo, siendo esto último, lo que más se ajusta a nuestra hipótesis de investigación. Efectivamente, el profesor Sar llega a esta última determinación, tras analizar la jurisprudencia emitida por el TC en los casos que resolvió sobre materia electoral, siendo el amparo electoral de instancia única la mejor forma de protección de los derechos constitucionales y de la democracia misma⁷².

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 35 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 Constitución», en: STC 00030-2005-PI/TC, fundamentos 22 y 23.

⁷¹ LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. 3° edición, Lima: Palestra Editores, 2007, p. 978.

⁷² SAR SUÁREZ, Omar. *Amparo electoral, derechos fundamentales y conflicto institucional*.

De otro lado, el profesor César Landa Arroyo plantea la idea de compartir la jurisdicción del amparo electoral entre el JNE y el TC, pues, para el mencionado jurista:

Una salida óptima para generar un equilibrio entre los bienes constitucionales en juego, consistiría, en plasmar un amparo electoral sumario. Más breve aún que el amparo configurado actualmente en el Código Procesal Constitucional. Esto es, que sea resuelto en primera instancia por el JNE, y, en caso de denegatoria, *per saltum*, sea resuelto en última y definitiva instancia por el Tribunal Constitucional.⁷³

En otras palabras, la propuesta del profesor Landa es que al término de la jurisdicción electoral, se dirija la demanda contra lo decidido por el JNE al TC de forma directa, sin especificar si la misma sería una excepción al modelo de amparo actual, como lo estamos planteando nosotros, o más bien, un nuevo medio procesal diferente al amparo, que podría entenderse como un recurso impugnatorio y no como un proceso en sí.

619

Sobre nuestra propuesta, cabe señalar que no es la primera vez que se propone desde el ámbito académico un cambio en la forma de tramitación del amparo electoral y que este fuera un proceso de trámite directo ante el TC, pues Javier Alva Orlandini, respaldando este planteamiento, afirmó en su momento que: «El amparo debe ser un proceso eficaz para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados», precisando que en el caso del amparo contra decisiones del JNE «Si se mantiene el procedimiento actual (que en promedio dura dos años) el amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones sería resuelto después de las elecciones respectivas»⁷⁴. Por otro lado, Samuel Abad Yupanqui también ha propuesto que: «[...] ciertos casos

Tesis para obtener el título de Doctor en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 256.

⁷³ LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Op. cit.

⁷⁴ ALVA ORLANDINI, Javier. «Proceso de Amparo en el Perú». Op. cit., p. 5.

pueden ser resueltos en instancia única, como por ejemplo el amparo interpuesto contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral»⁷⁵.

Ahora, a partir de los planteamientos de los problemas y posiciones en cuanto al diseño del modelo actual del denominado amparo electoral, podemos concluir que este es poco idóneo en cuanto a la protección de los derechos constitucionales en los casos en que el JNE los afecte a través de sus decisiones, puesto que los plazos dentro del calendario electoral son muy breves y preclusivos, y los plazos y etapas procesales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para brindar una real tutela a estos derechos no llegan a ser los más idóneos para una tutela efectiva y urgente, como tendría que ofrecer el proceso de amparo.

620

En relación a esto último, coincidimos con los juristas previamente citados, pues, nuestro planteamiento tiene por objeto rediseñar el amparo electoral actual, y proponer un nuevo modelo que tenga por finalidad optimizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a través de un proceso más sumario y urgente, planteando un modelo de amparo mixto, en que se diferencien ambos diseños por su forma de tramitación, ya sea regular (actual) o directo (nuestra propuesta). Y si bien esto obligaría una reforma constitucional (la cual explicaremos más adelante), esta debe analizarse sobre la necesidad de un proceso idóneo para tutelar los derechos constitucionales, ya que estimamos que la reducción de etapas procesales es conveniente, puesto que generaría mayores garantías de protección que creemos necesarias para este tipo de casos.

A este respecto, Javier Alva Orlandini, quien en una entrevista brindada a Omar Sar, señala que es necesaria una reforma constitu-

⁷⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel. «La reforma del proceso de amparo: La importancia de una Tutela de Urgencia», en: *Memoria X Congreso Nacional de Derecho Constitucional y III Congreso de Derecho Procesal Constitucional «Néstor Pedro Sagüés»*, Huancayo: APDC/UPLA/ICPDC, 2011, p. 155.

cional para permitir que el TC pueda conocer en instancia única las demandas de amparo referidos a la afectación de derechos por parte del JNE, ya que el TC al ser el supremo interprete de la Constitución y último garante de los derechos fundamentales, puede dar una mejor protección a estos derechos, dada su especialidad y rol encargado por el constituyente para nuestro Estado constitucional de derecho⁷⁶.

En relación a la posible sobrecarga procesal por la interposición de estas demandas ante el TC, somos de la opinión que esta situación solo ocurriría durante los periodos electorales, tanto en las elecciones regionales y municipales como en las elecciones generales. Durante dichos periodos, se entenderá que el TC otorgaría un trámite preferente a estas causas constitucionales, o por lo menos una de sus dos Salas tendrá el encargo de resolver estas demandas, teniendo como premisa que su Reglamento Normativo faculta al Pleno del TC a dictar sus propias reglas para organizarse y desarrollar su labor jurisdiccional⁷⁷.

621

Es así que asumimos que nuestra proposición de promover el proceso de amparo directo en este supuesto, lograría una tutela real de los derechos constitucionales, como los de índole político, de los recurrentes, porque el denominado amparo electoral es un medio procesal ineficaz tal y como está diseñado en la actualidad. Y es que, la especialidad del proceso de amparo en materia electoral debe ser entendida de acuerdo a la naturaleza del proceso electoral mismo, exigiendo que el proceso

⁷⁶ SAR SUÁREZ, Omar. *Amparo electoral, derechos fundamentales y conflicto institucional*. *Op. cit.*, pp. 248-249. También revisar: LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. *Op. cit.*, pp. 819-820, 850, 859. 862-864.

⁷⁷ Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado mediante Resolución Administrativa 095-2004-P-TC.

«Artículo 28.- Competencias

Además de las competencias establecidas en el artículo 202 de la Constitución Política y en su Ley Orgánica 28301, corresponden al Pleno del Tribunal las siguientes: [...] 11. Adoptar las reglas para el estudio de los asuntos sometidos a su conocimiento y elaborar los programas de trabajo, en los términos previstos en este reglamento; [...] 15. Adoptar las medidas administrativas para el funcionamiento del Tribunal».

de protección de los derechos a la participación política tenga plazos breves y perentorios para su interposición y resolución final, puesto que el citado proceso electoral democrático y los ciudadanos lo requieren.

Por tal motivo, creemos que nuestra propuesta de un proceso de amparo como medio procesal directo ante el TC busca el perfeccionamiento del mismo proceso previsto en nuestra Constitución Política, estableciendo una excepción del mismo proceso mediante la reforma parcial de la norma suprema constitucional y del Código Procesal Constitucional. Y con esta propuesta, afirmamos que el TC es el órgano de jerarquía constitucional más indicado para ver en instancia única este supuesto⁷⁸, porque es el órgano supremo de protección de los derechos constitucionales⁷⁹, y es el más apropiado por su especialización⁸⁰ y su experiencia en esta labor jurisdiccional⁸¹.

⁷⁸ En este extremo, coincidimos con lo expresado por el jurista español Eduardo García de Enterría, quien señala, respecto de la importancia de la figura jurídica del Tribunal Constitucional en los denominados Estados Constitucionales de Derecho, que: «Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene». EN: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 186.

⁷⁹ STC 06316-2008-PA/TC, fundamento 29.

⁸⁰ En este extremo, coincidimos con lo expuesto por César Landa Arroyo, quien afirma que los integrantes que conformen el TC deben ser especialistas en Derecho Constitucional, porque de esta forma pueden resolver en base a los principios y valores constitucionales los casos que llegan a su despacho. Esto no significa que no existan excelentes juristas en el Poder Judicial que puedan desempeñar la función de resolver las causas constitucionales con éxito, pero para desarrollar esta labor jurisdiccional es necesario tener un alto grado de especialización en derecho constitucional y derecho procesal constitucional para hacer frente a las causas constitucionales de forma eficiente y efectiva, cualidades que, conforme al profesor Landa Arroyo, deberían tener todos los magistrados del TC elegidos por el Congreso de la República. LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Op. cit.*, pp. 602-604.

⁸¹ Sobre este punto afirmamos que la experiencia del TC es relevante, puesto que a lo largo de su historia se ha encargado de resolver una gran cantidad de controversias como órgano de revisión de las decisiones de otros órganos constitucionales (como por ejemplo,

5. Una necesaria reforma constitucional y legal para concretar la propuesta

Como mencionamos al inicio del presente estudio, nuestra proposición de un proceso de amparo directo ante el TC en el supuesto que se cuestione una decisión final y definitiva del JNE, necesitaría de una reforma constitucional y legal (Código Procesal Constitucional), y es que «El reconocimiento de los derechos fundamentales debe estar acompañado por la codificación de instrumentos de garantía, que pueden ser tanto institucionales, como jurisdiccionales»⁸².

En el primer caso, se deberá modificar el artículo 200, sobre las «Acciones de Garantía Constitucional», en su inciso 2, que dispone expresamente que: «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», para lo que se tendrá que agregar que en este supuesto se podrá interponer de forma directa la demanda de amparo, requiriendo una reforma parcial de nuestra Constitución Política.

623

las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura, las resoluciones del Poder Judicial y las decisiones del mismo Jurado Nacional de Elecciones) y de las causas constitucionales contra particulares, lo que resulta ser una garantía en lo que respecta a su capacidad como operador jurídico para resolver en instancia única el amparo directo en el supuesto de decisiones del JNE que vulneren derechos constitucionales. En esta misma línea de argumentación citamos a Javier Alva Orlandini, quien ha expresado que: «El Tribunal tiene que resolver los problemas que llegan a su conocimiento haciendo prevalecer la Constitución sobre las leyes y eso es algo que no se puede esquivar. El Tribunal está creado precisamente para defender la primacía de la Constitución y para defender los derechos humanos; si eso no ocurriera, no tendría razón de ser su existencia. Este órgano constitucional no pretende ser poder del Estado, no intenta estar dentro de consejo de gobierno del país, pero que tiene que dictar las resoluciones que dimanen de su razón de ser», en: ALVA ORLANDINI, Javier. «Discurso del Dr. Javier Alva Orlandini durante la ceremonia del V Aniversario Institucional del Tribunal Constitucional», en: *Memoria del Presidente del Tribunal Constitucional Dr. Javier Alva Orlandini 2005*, Lima: Tribunal Constitucional, 2005, p. 81.

⁸² ROLLA, Giancarlo. *Op. cit.*, p. 306.

De igual forma, corresponderá modificar el Código Procesal Constitucional, Ley 28237, cuyo título III desarrolla el proceso de amparo, teniendo que adicionar un articulado sobre el supuesto en el cual se podría promover el amparo directo de manera excepcional, que es en los casos en que presumiblemente se amenacen y/o vulneren derechos constitucionales a través de decisiones finales del JNE.

Ahora, de acuerdo con el profesor y expresidente del TC, Víctor García Toma, la reforma constitucional se justifica por dos razones: a) por el error originario del legislador constituyente por omisión o error de su labor; y, b) por cambios en el contexto político-social, que genera un «*desfase*» entre la norma y la realidad⁸³. En el presente caso, para que nuestra propuesta de un nuevo modelo de proceso constitucional de amparo sea realidad, nuestro ordenamiento jurídico requiere de una reforma constitucional, la misma que se sustenta en la discordancia entre la realidad jurídica (las situaciones de desprotección de los derechos constitucionales durante el periodo de elecciones) y el diseño procesal actual, aplicándose en este caso, la segunda justificación planteada por García Toma.

624

En efecto, nuestra propuesta que consiste en que el proceso de amparo que cuestione una decisión final del JNE sea resuelto por el TC en instancia única y concluyente se encuentra debidamente justificada en que el supuesto descrito requiere de una tramitación y resolución pronta, porque el contexto electoral en el que son presentados los procesos de amparo lo exige, convirtiéndose la celeridad en una característica fundamental y esencial para cumplir con el fin de estos procesos, que es evitar la irreparabilidad del derecho supuestamente afectado (o amenazado) y restituirlo a la situación anterior a la presunta transgresión, que en este caso serían los derechos constitucionales de quienes

⁸³ GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Arequipa: Adrus, 2010, p. 536.

puedan verse perturbados por las decisiones emitidas por el JNE en instancia final⁸⁴.

Así, debemos analizar lo dispuesto en el artículo 206 de nuestra Constitución Política que dispone:

Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3 %) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

625

En lo referido a la reforma parcial de la misma, el TC ha interpretado de esta forma dicha disposición constitucional:

El artículo 206 de la Constitución no señala los alcances de la reforma constitucional, por lo que tratándose de una competencia jurídica, debe entenderse que la reforma solo puede tener alcances parciales. Ese es el sentido en el que debe entenderse la expresión ley de reforma

⁸⁴ En este contexto, al no haber un mecanismo procesal idóneo que garantice los derechos constitucionales frente a las posibles amenazas y afectaciones que pudieran ocasionarse a través de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones durante las elecciones, el legislador tiene el deber constitucional de crearlo, pues en palabras de Luiz Guilherme MARINONI: «[...] cuando no existe la posibilidad de que las técnicas procesales viabilicen la prestación de la tutela prometida por el derecho sustancial, no es difícil decir que la falta de una técnica de derecho procesal constituye una infracción constitucional, porque en ese caso no se le da al legislativo cualquier margen de libertad para legislar, sino que está obligado a definir la técnica procesal», en: MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 326.

constitucional que utiliza el mismo artículo 206 de la Carta, cuando se refiere a que lo aprobado por el Congreso o mediante referéndum, en el ejercicio de esta competencia, no puede ser observado por el Presidente de la República. Es decir, que se trata de una simple ley de reforma constitucional y no de la sustitución por otro texto constitucional (cursiva nuestra).⁸⁵

De esta forma, se podría modificar la disposición constitucional contenida en el artículo 200 de nuestra Constitución e introducir la figura del amparo directo, permitiendo al Estado peruano cumplir con la exigencia de la CADH, conforme a lo expresado por la Corte IDH en el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, en la cual determinó que:

[...] *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 el cual semejante situación tenga lugar*. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con 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.⁸⁶

626

Entonces, a partir de lo expuesto, actualmente sería imposible que se plantee el amparo directo ante el TC porque nuestra Constitución Política de 1993 requeriría una modificación parcial para que se permita su procedencia, ampliando sus competencias constitucionales para que pueda resolver este supuesto que nos ocupa, es decir, un amparo excepcional de trámite directo ante el mencionado órgano jurisdiccional⁸⁷.

⁸⁵ STC 00014-2002-AI/TC, fundamento 87.

⁸⁶ CORTE IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Fondo, párr. 102.

⁸⁷ ALVA ORLANDINI, JAVIER. «Proceso de amparo en el Perú». *Op. cit.*, p. 11. SAR SUÁREZ, Omar. «Proceso de amparo en el Perú», en: *Revista Estado Constitucional*, año 1, N° 5, Arequipa: Adrus, 2012, p. 12.

De igual forma, como hemos precisado líneas arriba, será necesario replantear y modificar la normativa del Código Procesal Constitucional, pues tampoco se encuentra contemplado el proceso de amparo electoral de la forma propuesta en la actualidad. Así, consideramos que estas reformas no solo permitirían una mejor protección de los derechos fundamentales de las personas, sino que además, contribuirían con el cumplimiento de los estándares internacionales establecidos tanto en la CADH como por la Corte IDH, antes mencionados en la presente investigación.

6. Conclusiones

El presente trabajo ha tenido como finalidad proponer un nuevo modelo de proceso constitucional de amparo, que consiste en un tipo de amparo directo que permita al Tribunal Constitucional conocer y resolver ciertos supuestos en instancia única y definitiva, sin que transite previamente por las instancias del Poder Judicial, el mismo que se empleará, de forma excepcional y exclusiva, en los casos en que se cuestione una decisión definitiva del Jurado Nacional de Elecciones que presuntamente amenace o afecte derechos constitucionales.

627

Esta propuesta tiene asidero si consideramos que los procesos electorales son expeditos y preclusivos, y que una demanda de amparo no interrumpe o suspende el calendario electoral, por lo que la restitución de los derechos constitucionales que se vulneran a través de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones no opera para el proceso electoral ya terminado, deviniendo en irreparable dichos derechos.

Si bien los procesos constitucionales, cuyo objeto es garantizar los derechos constitucionales, poseen como característica especial la tutela de urgencia, cabe decir que estos en la realidad demoran más tiempo de lo que dura una elección, por lo que la finalidad garantista y restitutoria del proceso no se cumple en estos casos. De igual forma, y como consecuencia de la afectación de estos derechos constitucionales, entre los que destacan los derechos de carácter político, se está afec-

tando el principio democrático, que es un elemento básico y esencial dentro de todo Estado constitucional de derecho como es el nuestro, quebrantando así el orden objetivo constitucional.

Por tal motivo, nuestra propuesta de un proceso de amparo directo ante el Tribunal Constitucional tiene correspondencia con una problemática real en la justicia constitucional, la misma que exige una reforma en el diseño del proceso, para cumplir la finalidad del mismo, por lo menos, en este supuesto específico.

De este modo, nuestro planteamiento de reforma del proceso no solo pretende una reivindicación constitucional del resguardo de los derechos fundamentales que se encuentran garantizados por nuestra Constitución Política, sino exigir el cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano que no están siendo plasmadas y cumplidas en nuestro ordenamiento jurídico, como hemos detallado en este estudio.

628

En ese sentido, y a partir de nuestra propuesta, creemos que el Tribunal Constitucional es el órgano jurisdiccional idóneo para resolver estas causas constitucionales, pues posee jerarquía como órgano constitucional autónomo, supremo interprete de la Constitución y último garante de los derechos constitucionales, siendo de esta forma el ente jurisdiccional de cierre de la justicia constitucional. Igualmente, consideramos al Tribunal Constitucional como el órgano jurisdiccional más apto para resolver estas causas constitucionales por su especialización en materia constitucional, la misma que no poseen la gran mayoría de jueces del Poder Judicial, así como por su experiencia a través de los años en resolver las causas constitucionales referidas a presuntas afectaciones a derechos constitucionales de parte de autoridades y representantes del Estado, entre las cuales destaca, el Jurado Nacional de Elecciones.

De la misma forma, se podría proponer el amparo directo en los supuestos de amparo contra resoluciones del Consejo Nacional de la

Magistratura y del Poder Judicial, porque al igual que en el supuesto de amparo contra decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, no se está cumpliendo con la finalidad, características y la doble dimensión de protección (cada uno de estos supuestos en forma e intensidad diferente) que presuponen los procesos constitucionales como es el proceso de amparo.

Este libro se terminó de imprimir en abril de 2017,
en las instalaciones de la imprenta Servicios Gráficos JMD S.R.L.,
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú.

