

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

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

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

III. PRESUPUESTOS ESPECÍFICOS PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) La tesis amplia, admite el amparo en resguardo de todos los derechos reconocidos por la Constitución con excepción de la libertad individual. Se excluye así aquellos derechos que no gozan de rufz constitucional, e incluye a los derechos constitucionales de naturaleza patrimonial, a los derechos sociales y a los que se fundan en la dignidad del ser humano o en los principios que orientan un Estado democrático de Derecho.

c) La tesis intermedia, en cambio, protege ciertos derechos reconocidos por la Constitución —a los que suele denominar derechos fundamentales—, y se caracteriza por mencionar expresamente cuáles son los derechos objeto de tutela. Esto ocurre, por ejemplo, en la experiencia española, pues el artículo 53.2 de la Carta de 1978 solo concede el amparo en defensa de los derechos contenidos en el artículo 14, de la sección primera del capítulo II relativo a los derechos fundamentales y libertades públicas y el artículo 30.2 de la Constitución. Sin embargo, hay que reconocer que el Tribunal Constitucional ha mantenido "una postura de moderada flexibilidad en la interpretación de estos preceptos" a partir, entre otros supuestos, de una

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

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

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

(53) SALGADO Alf. Joaquín y Alejandro César VIERDAQUIER, "Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad", 2ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 103.

(54) J. J. IGUERRELO Angelín, "El recurso de amparo: estudio de la cuestión", Madrid: Deracón, Biblioteca Nueva, 2001, p. 41.

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

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

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

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

(57) En el caso Genaro Villegas Nannche (Exp. N° 2488-2002-HC/TC, El Peruano —Jurisprudencia—, 29 de marzo de 2004, p. 6601) señaló que “el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido” (considerando 18) y “ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno” (considerando 15).

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. La exigibilidad de los derechos sociales

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

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

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

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

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

El Código Procesal Constitucional elimina lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 23506 –cuya interpretación literal el Tribunal Constitucional ya había dejado de lado– pues considera que debe ser el juez quien determinará los alcances de la tutela de los derechos sociales y su exigibilidad⁽⁶⁶⁾. En este sentido, el Tribunal ha considerado que "la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(74) REQUILLO PACHES Juan Luis, "Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", Madrid: TC-NOB, 2001, p. 813.

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

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

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

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

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

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

(76) CASTILLO CORDOVA Luis, "Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales", Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, N° 139, junio 2005, pp. 1-14 y ss. Del mismo autor "El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo", en PALOMINO MANCHECO José F. (coordinador), "El Derecho Procesal Constitucional peruano: Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde", Lima: Grifley, 2005, tomo I, p. 563.

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

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

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

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

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

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

(79) PAREJO ALFONSO Luciano, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Nº 3, 1981, p. 170.

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

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

(81) Artículo 53.

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

(82) Artículo 52. Alcance de los derechos garantizados

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

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

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

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

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

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

(85) Cit. por PÉREZ TREMPES Pablo, "El recurso de amparo", Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 58.

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

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

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

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

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

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

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

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

(87) BASTIDA PRIJUEDO Francisco y otros, *ob. cit.*, p. 123.

(88) Una precisión importante respecto a las expresiones limitar y delimitar un derecho la efectúa Javier Jiménez Campo, al señalar que: "Aunque el significado académico de la palabra límite alude a los ideas de trazo de contornos y confines, el uso lingüístico del Derecho lo emplea también para referirse a constricciones, excepciones o privaciones de un bien o derecho ya definido. Esta polisemia es fuente de confusión, de modo que, en lo sucesivo, reservaré la palabra límite para referirme, estrictamente, a aquellas últimas intervenciones (externas al derecho) y me serviré de la expresión delimitación (...) para englobar todas las acciones públicas que contribuyen a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental". JIMÉNEZ CAMPO Javier, "Derechos fundamentales. Concepto y garantías", Madrid: Trotta, 1999, p. 39.

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. En función del tiempo de su realización

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

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

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

(91) PÉREZ TRIEMPS Pablo, *ob. cit.*, p. 37.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. En función del modo de afectación

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

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

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

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

2.3. De acuerdo a su reparabilidad

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

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

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

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

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

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

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

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

(101) PÉREZ TRIEMPS Pablo, "Comentario al artículo 55 de la LOTC", en RIQUEÑO PACHES Juan Luis (coordinador), "Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", Madrid: TC-NOE, 2011, p. 866.

Por ello, el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional fija un criterio distinto al previsto por la derogada Ley 23506 al señalar que "Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda, precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda". Dicho dispositivo fue aplicado por el Tribunal Constitucional en el caso (Exp. N° 0603-2004-AA/TC, F.J. 4).

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

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

2.4. De acuerdo con la subsistencia de la lesión

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

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

2.5. Según la evidencia de la lesión

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

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

2.6. De acuerdo a su consentimiento

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

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

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

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

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

(103) CÚRCORA PIMENTEL, Cleora, ob. cit., p. 124.

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1. Agotamiento de la vía administrativa

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

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

3.2. Del amparo alternativo al amparo residual

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

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

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

4. Plazo de prescripción

4.1. De la caducidad a la prescripción

La derogada Ley 23506 estableció un plazo al que denomina de "caducidad" para interponer la demanda de amparo que, en estricto, debió llamarse de prescripción –tal como lo hace el artículo 44 del Código Procesal Constitucional– pues luego de vencido este se extingue la pretensión de amparo, mas no el derecho que podrá ser tutelado a través de otra vía procesal⁽¹⁰⁴⁾. Ello se debe a la ausencia de un interés para obrar en el demandante. Y es que, como bien señala Juan Monroy, si "el derecho le concedió un plazo para que exija la satisfacción de su pretensión, se presume que vencido este, ha desaparecido el interés en satisfacer judicialmente su pretensión"⁽¹⁰⁵⁾.

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

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

Las razones que justifican la existencia de dicho término guardan relación con el respeto al valor seguridad jurídica y a la naturaleza excepcional del amparo⁽¹⁰⁶⁾. Aquel, además, ha sido previsto por las legislaciones de México, Argentina⁽¹⁰⁷⁾ y España; aunque existen autores –cuya posición no compartimos– que consideran que no debería existir un plazo⁽¹⁰⁸⁾.

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

4.2. Criterios para el cómputo del plazo

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

(104) Similar opinión comparte CASTILLO CORDOVA Luis, ob. cit., p. 214.

(105) MONROY GÁLVEZ Juan, "Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano", en "La formación del proceso civil peruano. Escribidos remidos", Lima: Comunidad, 2003, p. 361.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Exclusiones constitucionales: ¿causas no justiciables?

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

5.1. Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura

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

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

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

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

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

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

5.2. Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

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

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

5.3. Cuestiones políticas no justiciables

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

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

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

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

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

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

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

5.4. ¿Y los regímenes de excepción?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ABAD YUPANQUI, Samuel.

"El Proceso Constitucional de Amparo".

Lima: Gaceta Jurídica.

Segunda edición. 2008

CAPÍTULO TERCERO

Aspectos centrales en el proceso de amparo

Conforme lo hemos indicado el amparo es un proceso donde intervienen dos sujetos como son las partes y el juez –ya sea el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional– y donde existe, además, una etapa postulatoria, una decisoria, una impugnatoria y otra de ejecución. Todo ello guiado por la finalidad de brindar una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales.

No obstante, en el desarrollo y funcionamiento del amparo se han presentado diversos problemas procesales que han tratado de ser resueltos por el Código Procesal Constitucional. A ello debe agregarse que el Tribunal Constitucional ha adaptado y flexibilizado diversas instituciones procesales a partir de la denominada "autonomía procesal"¹⁾ –institución de origen alemán²⁾– que, a nuestro juicio, solo trata de rescatar el carácter instrumental de los procesos constitucionales. En base a ella, el Tribunal ha desarrollado algunas instituciones que inicialmente no estuvieron previstas, pues entiende que "como máximo intérprete de la

¹⁾ RODRÍGUEZ-PATRÓN Patricia, "La autonomía procesal del Tribunal Constitucional", Madrid: Civitas, 2003, p. 19.

Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales" (Exp. N° 020-2005-PI/TC, F.J. 2).

La exposición de motivos del Código Procesal Constitucional señalaba que "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, (...)". Y es que los procesos de defensa de derechos fundamentales se caracterizan por ser una manifestación de la tutela de urgencia que exige la adaptación de las instituciones procesales a tales objetivos. Por ello, en el presente capítulo examinaremos los aspectos procesales que, a nuestro juicio, resultan centrales en el amparo.

1. SUJETOS DEL PROCESO DE AMPARO

1. Las partes

1.1. Parte material y parte procesal

El examen de las partes en el proceso de amparo debe nutrirse de las categorías propias del Derecho Procesal. En este sentido, suele distinguirse la parte material de la parte procesal. La primera, señala Víctor Farién se "identifica por la titularidad de una relación jurídica" mientras que la segunda "es la persona que comparece en juicio en una situación de actora (pretendiente) o demandada (pretendida)"⁽²⁾. En otras palabras, la parte procesal es aquella que interviene en el proceso mientras que la parte material es la titular del derecho. Por ello, se afirma que "lo que da la condición de parte (procesalmente hablando) es la posición en el proceso, independientemente de la calidad del sujeto del derecho (sustancial) o de la acción (pretensión)"⁽³⁾.

(2) FARIÉN GUILLÉN Víctor, "Teoría general del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales", Barcelona: Librería Bosch, 1990, p. 278.

(3) VÍSCOVI Enrique, "Teoría general del proceso", Bogotá: Temis, 1984, p. 186.

El Código Procesal Constitucional no establece estas definiciones, pues se entiende que los conceptos previstos en el Código Procesal Civil, que distinguen la parte material de la parte procesal (artículos 57 y 58), pueden trasladarse al proceso de amparo sin que ello genere mayor debate.

Ahora bien, si avanzamos en el análisis de algunos conceptos podemos distinguir siguiendo a Viscopvi tres calidades diferentes: parte (procesal), sujetos del derecho (de la relación sustancial) y legitimados para pretender (legitimación en la causa)⁽⁴⁾.

Los términos "parte" y "legitimación" si bien se encuentran relacionados no pueden ser confundidos. En efecto, la legitimación trata de "determinar quiénes son los sujetos idóneos para entablar un proceso de modo que la sentencia pueda producir frente a ellos sus efectos característicos", es decir, vincula a dichos sujetos con la relación jurídica sustancial deducida en el proceso permitiendo un pronunciamiento sobre el fondo y operando, por tanto, como un presupuesto procesal⁽⁵⁾. La legitimación puede ser activa, según quién pueda interponer la demanda correspondiente, o pasiva, es decir, contra quién habrá de plantearse la respectiva pretensión.

1.2. Representación. Procuración oficiosa

La parte material puede intervenir directamente en el proceso —momento en el cual también sería parte procesal—, o puede hacerlo a través de su representante (parte procesal). Así lo dispone el artículo 40 del Código al señalar que "El afectado puede comparecer por medio de representante procesal". Además, el artículo 41 precisa que:

"Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo,

(4) VÍSCOVI Enrique, ob. cit., p. 186.

(5) CORDÓN MORENO Faustino, "Anotaciones acerca de la legitimación", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Madrid, N°2, 1979, p. 314.

deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso".

Nuestros tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre sus alcances, incluso desde la vigencia de la Ley 23506. En este sentido en el amparo iniciado contra el Primer Juzgado de Paz Letrado de Lima por Manuela Ruiz de Romero a favor de Yolanda Romero de Ruiz, quien se encontraba fuera del país, el TGC por sentencia de fecha 30 de mayo de 1984 (El Peruano, 23 de junio de 1984, p.14) anuló la resolución de la Corte Suprema pues entendió que:

"para los efectos de la presentación de una demanda de amparo por un tercero y su respectiva admisibilidad, no se requiere el acompañamiento de poder alguno (...). El legislador, dada la naturaleza y fines de la acción, ha advertido que esta puede quedar ineficaz por imposibilidad del agente para ejecutarla, dado que existen plazos perentorios en la ley que deben cumplirse y, por ello, ha autorizado a tercera persona a hacerlo, directa e inmediatamente, en favor de los derechos del afectado".

Asimismo, el Tribunal reconoció esta representación a un tercero, sin necesidad de un poder expreso, en el caso Gastón Ortiz Acha (Exp. N° 3760-2004-AA/TC, F.J. 1) quien interpuso una demanda de amparo a favor del Ing. Alberto Fujimori contra la resolución legislativa del Congreso que lo inhabilitaba en el ejercicio de la función pública por un periodo de diez años. Además, ha considerado que puede "aceptarse la ratificación de la acción hasta antes de la emisión de la sentencia en última instancia" (Exp. N° 0518-2004-AA/TC, F.J. 10).

Este supuesto trata de garantizar la tutela de los derechos fundamentales en aquellos casos en los que la parte material no puede hacerlo y carece de un representante. Se trata de una forma atípica y excepcional de representación procesal, denominada "procuración oficiosa" por el artículo 81 del Código Procesal Civil⁽⁶⁾ y por el artículo 41 del Código Procesal Constitucional.

(6) MONROY CÁLVEZ Juan, "La representación técnica o judicial del abogado y el recurso de apelación", en "La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos", Lima: Comunidad, 2003, p. 445.

Un debate adicional se plantea cuando se trata de tutelar derechos difusos y cuando se discute si instituciones como la Defensoría del Pueblo pueden presentar demandas de amparo en defensa de derechos de terceros. Para algunos autores, se trata de un supuesto de legitimación extraordinaria mientras que otros consideran que se está en presencia de un caso de representación legal⁽⁷⁾. La derogada Ley 23506 no decía nada al respecto, sin embargo, el Código Procesal Constitucional opta por considerarlos como supuestos de representación procesal (artículo 40). Nosotros entendemos que se trata de una legitimación extraordinaria, tal como lo sostiene un importante sector de la doctrina. Por ello, desarrollaremos estos supuestos a partir de tales criterios.

2. Legitimación activa

El artículo 26 de la derogada Ley 23506 disponía que se encuentran legitimados para iniciar el proceso de amparo: a) el afectado, b) la entidad afectada, c) cualquier persona así como las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro tratándose de atentados a derechos de naturaleza ambiental, (párrafo agregado por el Decreto Legislativo 613), d) asimismo, la Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, concede legitimación al Defensor del Pueblo para interponer el amparo. En cambio, el Código Procesal Constitucional (artículo 39) solo se refiere al afectado, sea persona natural o jurídica.

(a) 2.1: La persona natural afectada

La norma se refiere a las personas naturales o físicas y exige que aquellas se encuentren "afectadas" en sus derechos fundamentales para estar legitimadas. Entendemos que la afectación sufrida por el actor o quejoso, no tiene que concretarse necesariamente en un desconocimiento del derecho, sino que se dará, también, cuando se menoscabe o se obstaculice, aunque sea indirectamente su ejercicio⁽⁸⁾.

(7) Cf. PRIORI POSADA Giovanni y Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN, "Apuntes de Derecho Procesal", Lima: Ara Editores, 1997, p. 36.
(8) GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, "Derecho Procesal Constitucional", Madrid: Civitas, 1980, p. 305.

2.2. La persona jurídica afectada

2.2.1. Personas jurídicas: aspectos generales

La Constitución de 1979, siguiendo la experiencia alemana, introdujo una norma según la cual los derechos fundamentales también rigen para las personas jurídicas en cuanto les sean aplicables (artículo 3). De tal manera, se permitía en forma expresa que ellas a través de su representante pudieran iniciar el correspondiente proceso de amparo. Por tal razón, no resultaba extraño que se les reconociera legitimación en tales casos.

Sin embargo, la Carta de 1993 eliminó el artículo 3 del texto anterior, que reconocía titularidad en materia de derechos fundamentales a las personas jurídicas. De ahí que se haya planteado la interrogante respecto de si tales sujetos se encontrarían legitimados para interponer una demanda de amparo.

Algunos podrían interpretar que a partir de la vigencia de la nueva Constitución las personas jurídicas no pueden interponerlo asumiendo que carecen de derechos constitucionales, aunque sí estarían legitimadas las personas naturales que la conforman. No compartimos tal opinión, creemos, que la propia Constitución reconoce en puntuales dispositivos derechos a las personas jurídicas. Esto, por ejemplo, sucede cuando se refiere a la imposibilidad de disolución administrativa de las asociaciones (artículo 2 inciso 13) o a la propiedad (artículo 2 inciso 16). Además, nada impide que la ley reguladora establezca que las personas jurídicas pueden interponer una demanda de amparo en favor de las personas que la integran vía la llamada legitimación por sustitución, por ejemplo, un sindicato que interviene en defensa de los derechos laborales de sus integrantes⁽⁹⁾. Por ello, pensamos que las personas jurídicas, pese a la ausencia de un dispositivo similar al de la Carta de 1979, cuentan con derechos fundamentales.

(9) Según José Díaz Lema, "una cosa es la legitimación para recurrir, y otra distinta la titularidad de un derecho. Lo normal es que coincidan, pero no es infrecuente que las normas procesales otorguen legitimación para defender un derecho ajeno, la llamada legitimación por sustitución" (DÍAZ LEMA José M., "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídicas-públicas?", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 6, 1989, p. 178).

Una situación similar se presentó en España donde el Tribunal Constitucional interpretó que "en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas" (STC 23/1989)⁽¹⁰⁾.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha fijado un importante precedente al reconocer que las personas jurídicas también son titulares de derechos fundamentales. Así lo sostuvo en el caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín (Exp. N° 0905-2001-AA/TC) resuelto el 14 de agosto del 2002.

"opina el Tribunal que el reconocimiento de los diversos derechos constitucionales es, en principio, a favor de las personas naturales. Por extensión, considera que también las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias. (...)

En la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estos últimos se extienden sobre las personas jurídicas. (...)

Sin embargo, no solo de manera indirecta las personas jurídicas de derecho privado pueden titularizar diversos derechos fundamentales. También lo pueden hacer de manera directa. En dicho caso, tal titularidad no obedece al hecho de que actúan en sustitución de sus miembros, sino en cuanto a sí mismas y, naturalmente, en la medida en que les sean extendibles.

Por tanto, considera el Tribunal, que la ausencia de una cláusula, como la del artículo 3 de la Constitución de 1979, no

(10) Cfr. por GÓMEZ MONFRO Ángel, "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: CEC, N° 65, 2002, p. 52.

debe interpretarse en el sentido de negar que las personas jurídicas puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales o, acaso, que no puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales y, entre ellos, el amparo".

El Tribunal ha precisando este criterio en el caso "Compañía de Exploraciones Algamarca" (Exp. N° 01567-2006-AA/TC, F.J. 7):

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

Asimismo, en el caso "Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C." estableció una enumeración abierta de los derechos fundamentales que pueden resultar compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas (Exp. N° 4972-2006-AA/TC, F.J. 14).

Aceptado lo anterior, debemos examinar los supuestos en los cuales una persona jurídica puede ser titular de derechos. En Alemania, por ejemplo, la Ley Fundamental (artículo 19-III) otorga derechos fundamentales a las personas jurídicas "según su esencia". La doctrina dominante ha entendido que "solo pueden tener derechos fundamentales aquellas cuando debajo se esconden personas humanas, cuyos derechos fundamentales de ejercicio corporativo sean susceptibles de amparo constitucional, porque –y en la medida que– se está preservando los derechos de los miembros de la Corporación"⁽¹¹⁾.

En España el artículo 162 de la Constitución, dispone que están legitimados para iniciar el recurso de amparo toda persona natural o

jurídica que invoque un interés legítimo. En estos casos, reconoce Oliver Araujo, "es evidente que algunos derechos fundamentales, estrechamente inherentes a la naturaleza de la persona humana (como es el caso del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de expresión, a la intimidad familiar, a la libertad personal, al sufragio, etc.), aunque estén incluidos en el ámbito genéricamente protegido por el recurso de amparo, no podrán ser invocados ante el Tribunal Constitucional por las personas jurídicas, por la sencilla razón de que las mismas *ex natura rerum* no pueden ser sus titulares"⁽¹²⁾.

Entre nosotros, creemos que puede interpretarse que las personas jurídicas están legitimadas para iniciar el amparo en caso de atentados a sus derechos constitucionales, atendiendo como indica el Tribunal a "su naturaleza y las particularidades del caso concreto". Consideramos, además, que es posible efectuar una interpretación amplia que no solo incluya la afectación directa de los derechos de la persona jurídica, sino también permita el amparo en tutela de los derechos para cuya defensa aquella se ha constituido⁽¹³⁾.

2.2.2. Personas jurídico-públicas

2.2.2.1. Un tema polémico

Un tema más polémico es el relativo a la legitimación activa de las personas jurídico-públicas. Al respecto, existen dos posiciones opuestas.

a) Aquella que no les reconoce titularidad en el goce de los derechos fundamentales, y por tanto rechaza la posibilidad de que acudan en amparo ante los tribunales, en base a los criterios siguientes:

- Ni histórica ni jurídicamente son titulares de derechos constitucionales. Históricamente los derechos humanos fueron reconocidos o consagrados a través de exigencias hechas al propio Estado, por ello no puede ser sujeto de los derechos que a

(11) DÍAZ LEMA José M., *ob. cit.*, p. 188.

(12) OLIVER ARAUJO, Juan, "El recurso de amparo", Palma de Mallorca: Colección Estado y Derecho, 1986, p. 289.

(13) Cf. CASTILLO CÓRDOVA Luis, "La persona jurídica como titular de derechos fundamentales", *Actualidad Jurídica*, Lima: Cuota Jurídica, N° 147, octubre 2007, p. 125 y ss.

él mismo le exigieron. Tampoco lo puede ser desde un punto de vista jurídico, pues la consagración y reconocimiento de determinados derechos se revela como una autolimitación del propio Estado a favor de los individuos; en consecuencia, si aquel se autolimitó no fue a favor de él sino de los particulares.⁽¹⁴⁾

- Cuando la Administración Pública actúa en forma privada carece de derechos fundamentales, pues "nunca se encuentra la Administración en la misma situación de los particulares, porque aun en forma privada goza de privilegios en materia de policía, en materia fiscal y (agrega que) el influjo que en el mismo procedimiento administrativo interno cabe ejercer siempre a la Administración (...) no existe una actividad privada pura de la Administración, siempre está conectada a un fin público"⁽¹⁵⁾.

h) Una segunda postura reconoce derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas en determinadas circunstancias excepcionales y, en consecuencia, en tales casos les confiere legitimación en materia de amparo. Esta posición se fundamenta en que cuando aquellas actúan en relaciones de derecho privado y no soberanamente, regulan su actividad por ese derecho y se encuentran en iguales o similares condiciones que un particular, por lo que no habría razón para negarles acudir al amparo. En doctrina, tal opinión ha sido asumida por Sagüés⁽¹⁶⁾, LAZZARINI⁽¹⁷⁾, Gimeno Sendra⁽¹⁸⁾ y Oliver Araujo⁽¹⁹⁾. En el Derecho

comparado, tanto Alemania⁽²⁰⁾, Argentina, Colombia⁽²¹⁾, México⁽²²⁾, España, con algunas precisiones jurisprudenciales, en determinados supuestos puedan iniciar el proceso de amparo.

Consideramos que, por regla general, las personas jurídico-públicas no gozan de derechos fundamentales. Solamente, como excepción, podrían ser titulares de aquellos cuando actúen sujetas al derecho privado, y, por ejemplo, el derecho de propiedad- o cuando se trate del debido proceso legal. Así por ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional solo ha reconocido a las personas jurídico-públicas "el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 64/1988, FJ 1), el derecho a la igualdad en conexión con el anterior (STC 100/1993, FJ 2), y ocasionalmente la libertad de información (STC 190/1996, FJ 3)"⁽²³⁾. Y es que como señala Pablo Pérez Tremps "la diversificación en las formas de actuación del poder público y la consiguiente proliferación de formas de personificación jurídico-pública hace que, a menudo, algunos derechos fundamentales aparezcan como vinculables a personas jurídico-públicas"⁽²⁴⁾. En consecuencia, únicamente en tales supuestos se les podría reconocer legitimación activa para interponer el amparo.

2.2.2.2. El diseño previsto por el Código

En el plano normativo, solo el artículo 6 inciso 4) de la derogada Ley 23506, modificada por la Ley 25011, promulgada el 7 de febrero de

(14) Esta posición fue asumida inicialmente por Ignacio Burgón, quien en la actualidad ha cambiado de criterio: "Mas de maduras reflexiones sobre tan interesante cuestión, con toda franqueza proclamamos nuestra rectificación a las ideas que con anterioridad expresamos" (BURGÓN Ignacio, "El juicio de amparo", 49ª ed., México: Porrúa, 2004, p. 337).

(15) FÁZ LIMA José M., ob. cit., p. 209.

(16) SAGÜÉS Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo", Buenos Aires: Astrea, 1991, pp. 363-364.

(17) LAZZARINI José Luis, "El juicio de amparo", Buenos Aires: La Ley, 1967, p. 269.

(18) El citado autor admite el amparo "cuando tales entidades de Derecho Público actúan bajo normas de Derecho Privado (...), o cuando asuman exclusivamente la defensa de sus miembros en el cumplimiento de los fines que les son propios" (CASCAJO CASTRO José y VICENTE GIMENO SENDRA, "El recurso de amparo", Madrid: Tecnos, 1984, pp. 98-99).

(19) OLIVER ARAUJO Juan, ob. cit., pp. 290-292.

(20) Así señala Illberle que: "Solo excepcionalmente, las personas jurídicas de Derecho Público son titulares de derechos fundamentales y, por ello, legitimadas para interponer el amparo, cual es el caso de las Universidades y Puntadas (...) o los emisores de radio (...). Los derechos fundamentales del proceso como el derecho al juez legal (...) o el derecho a ser oído (...)" HABERLE Peter, "El recurso de amparo en el sistema germano federal", en GARCÍA DEL AUNDE Domingo y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (coordinadores), "La jurisdicción constitucional en Iberoamérica", Madrid: Dykinson, 1997, p. 261.

(21) "En Colombia, también por la vía del derecho al debido proceso se ha admitido por la Corte Constitucional la legitimación activa en acción de tutela de entidades de Derecho Público. Los términos de la sentencia T-185 de 1995 son suficientemente explícitos sobre la materia. Se trata de una acción instaurada por la Universidad Distrital de Bogotá Francisco José de Caldas contra un juez del Circuito de Bogotá". OSUNA PATINO Néstor Iván, "Tutela y amparo: derechos protegidos", Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 111.

(22) El artículo 9 de la Ley de Amparo mexicana dispone: "Las personas morales físicas podrán ocurrir en demanda de amparo, por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o la ley que se reclama afecte los intereses patrimoniales de aquellas".

(23) BASTIDA PREJEDERO Francisco J. y otros, "Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", Madrid: Tecnos, 2005, p. 89.

(24) PÉREZ TREMP'S Pablo, "El recurso de amparo", Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 163.

1989, hacía una alusión indirecta al tema examinado al indicar que no procede el amparo interpuesto por "las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones". La finalidad de dicha norma fue impedir las demandas de amparo que ciertas entidades públicas presentaban indebidamente cuando consideraban que se afectaban sus competencias. Como señalaba Borea Odría, el cambio introducido por la Ley 25011 "tuvo su origen en las constantes disputas seguidas entre los órganos del poder central y los entes descentralizados, que para sostener sus posiciones de poder recurrían a las acciones de amparo". En efecto, la norma partía del supuesto que "los organismos de poder no tienen derechos, sino competencias (...)">⁽²⁵⁾. Sin embargo, la redacción de la misma no fue lo más apropiada para impedir el amparo en tales supuestos, pues una interpretación a contrario de la parte final del citado inciso, sí permitía el amparo cuando los actos cuestionados se efectuaban en ejercicio "irregular" de las funciones de los órganos demandados.

Sobre el particular, en un caso llegado a su conocimiento, la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N° 3201-2000, El Peruano -separata Jurisprudencia- 1 de agosto del 2001, p. 4700) interpretó que:

"Tercero.- Que, si bien el artículo seis, inciso cuatro de la Ley 23506 dispone la improcedencia de acciones de garantía de dependencias administrativas contra los organismos creados por la Constitución, como en el presente caso que versa sobre una acción de amparo entre Municipalidades, también lo es que dicha normatividad señala de manera clara por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones, exigencia que en el caso *sub examine* no se cumple (...)"

Por su parte, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por una entidad pública contra otra. Se trató del proceso iniciado por el Instituto Peruano de Seguridad Social, que

como se sabe era una institución con personería de derecho público, contra la Municipalidad de Jesús María (sentencia de 11 de junio de 1998, Exp. N° 916-1997-AA/TC), pues consideró que:

"(...) el exceso cometido por la demandada al incluir en las ordenanzas objeto de la presente acción de amparo, áreas de propiedad del Instituto Peruano de Seguridad Social, constituye ejercicio irregular de sus funciones además de un acto que vulnera derechos constitucionales; pues si bien, las Municipalidades están facultadas para emitir ordenanzas, (...), dichas ordenanzas necesariamente deben dictarse dentro del marco de las disposiciones constitucionales, de la Ley 23853, Orgánica de Municipalidades y del orden jurídico vigente en el país. Y si se tiene en cuenta que el artículo 70 de la referida Constitución establece que el derecho de propiedad es inviolable (...), es evidente que las Ordenanzas Municipales cuestionadas, limitan el libre ejercicio del uso y disfrute del derecho de propiedad del demandante lesionándolo, por lo que en tales circunstancias, se ha producido un ejercicio irregular de funciones por parte de la Municipalidad demandada, (...)".

Manteniendo esta tendencia, el Tribunal declaró fundada la demanda interpuesta por la Sunat contra la Sala Mixta de Tambopata de la Corte Superior de Justicia del Cusco (Exp. N° 619-2003-AA, resuelto el 6 de junio del 2004) por afectarse el derecho de defensa.

En el dispositivo de la naturaleza, el artículo 6 inciso 4) de la derogada Ley 23506 intentaba evitar que las entidades públicas, incluyendo las empresas del Estado, pudieran presentar demandas de amparo contra los poderes del Estado y los organismos constitucionales autónomos. Sin embargo, por un lado, su inadecuada redacción al referirse al "ejercicio regular de funciones" de una entidad pública; y, por otro, la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional mediatizaron la intención de la norma y permitieron el amparo si es que se violaban derechos fundamentales. Por ello, la causal de improcedencia no contenida en el Código Procesal Constitucional, el cual más bien trató de impedir un señalamiento de inconstitucionalidad y el respeto de los derechos fundamentales. De ahí que el inciso 9) del artículo 5 del Código haya vinculado esta causal de improcedencia al supuesto en que la pretensión

(25) BOREA ODRÍA Alberto, "Evolución de las garantías constitucionales", Lima: Grijley, 1996, p. 100.

de amparo evidencie que lo que se busca es defender las competencias o atribuciones de una entidad pública sin que exista un derecho fundamental en juego.

A nuestro juicio, el objetivo de haber introducido la causal de improcedencia prevista por el citado dispositivo del Código ha sido triple. En primer lugar, corregir la intención de la legislación anterior que trataba de evitar la interposición de demandas de amparo por parte de las personas jurídicas de derecho público. En segundo lugar, señalar con claridad que el proceso de amparo no puede sustituir al proceso competencial, si se trata de conflictos entre entidades de derecho público interno que versan sobre atribuciones o competencias de naturaleza constitucional, pues para ello debe acudir directamente ante el Tribunal Constitucional a través del citado proceso regulado por los artículos 109 al 113 del Código. Y, en tercer lugar, precisar que si el conflicto entre entidades de derecho público interno se origina en atribuciones o competencias exclusivamente legales –sin un directo fundamento constitucional o si las partes no son poderes del Estado u órganos constitucionales y, por tanto, no cabe el proceso competencial– este se debe resolver ante el Poder Judicial a través de la vía procesal correspondiente.

Por lo demás, la interpretación del inciso 9) del artículo 5 del Código no puede efectuarse en forma aislada, es decir, sin tomar en cuenta el diseño del amparo en la Constitución y en el Código. En efecto, el amparo tiene por finalidad proteger derechos fundamentales de modo inmediato y directo por tanto, si la pretensión del demandante es una persona jurídica de derecho público interno y el demandado también –es la referencia a la línea del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental– no será aplicable el inciso 9) del artículo 5 del Código. El citado dispositivo solo es aplicable cuando la demanda de amparo presentada por una persona jurídica de derecho público interno pretenda exclusivamente resolver una controversia exclusiva sobre una competencia legal constitucionalmente establecida contra una persona jurídica de derecho público interno y no tutela de derechos fundamentales. Sostener lo contrario sería admitir que las personas jurídicas de derecho público interno en ningún caso pueden alegar derechos fundamentales o que jamás cuentan con legitimación activa para defenderlos, lo cual tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la doctrina lo rechazan.

2.3 La Defensoría del Pueblo

La Constitución de 1993 introdujo a la Defensoría del Pueblo (artículos 161 y 162) como un órgano autónomo encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

La Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, publicada el 8 de agosto de 1995, concedió legitimación activa al Defensor del Pueblo para interponer entre otros procesos constitucionales, el de amparo (artículo 9 inciso 2). Se trata de una facultad positiva que también le ha sido reconocida a otros *Ombudsmen* o Defensores del Pueblo, en países como Argentina⁽²⁶⁾, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Nicaragua, Panamá, entre otros⁽²⁷⁾. El Código Procesal Constitucional señala lo mismo, aunque considera que se trata de un supuesto de representación procesal (artículo 40).

En estos casos, no se requiere que el Defensor acredite ser el afectado directo, pues se está en presencia de una legitimación expresamente reconocida por la ley. Esta legitimación se conoce en la teoría procesal como un supuesto de legitimación procesal extraordinaria⁽²⁸⁾, toda vez que no obedece a la clásica legitimidad vinculada a la defensa de algún derecho subjetivo sino que se explica en tanto posibilita que un órgano constitucional en este caso, pueda cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales. De esta manera, el Defensor del Pueblo actúa en nombre "de la misma sociedad que impone a los poderes públicos la obligación de que sean celosos en el respeto y efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales"⁽²⁹⁾.

La Defensoría del Pueblo ha establecido algunos criterios para decidir en qué ocasiones interviene y cuándo no lo hace. Para ello, toma en cuenta a) la situación de indefensión de las personas afectadas por el

(26) DE PÉREZ CORTÉS María Juvenette, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las instituciones", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, T. 2003-B, p. 1339.

(27) SANTISTEVAN DE NORIEGA Jorge, "El Defensor del Pueblo en Iberoamérica", *Revista Delante Defensorial*, Lima, N.º 5, 2003, p. 32.

(28) MONTERO AROCA Juan, "Derecho Jurisdiccional", Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1991, Tomo II, p. 36.

(29) CIMENO SENDRA Vicente y José GARRIGI LLIBRECAT, "Los procesos de amparo", Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 170.

acto lesivo, pues no se pretende sustituir a las partes ni convertirse en un abogado de oficio; b) la trascendencia colectiva que subyace a la controversia constitucional planteada que, por ejemplo, permita contribuir a fijar un precedente que incida en otros casos; c) el hecho de que no exista otra vía posible para garantizar los derechos fundamentales, pues ya han sido agotado todos los medios razonablemente existentes para ello; y; d) la clara y manifiesta violación de derechos constitucionales por el acto lesivo. Y es que ante la falta de claridad y convicción sobre la amenaza o vulneración de derechos constitucionales, la Defensoría prefiere abstenerse de ejercer su facultad discrecional de interponer la demanda respectiva o intervenir en un proceso constitucional ya iniciado.

Además, la Defensoría del Pueblo puede intervenir en los procesos de amparo ya iniciados como coadyuvante. Así ocurrió, por ejemplo, cuando la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Lima, mediante resolución de 25 de enero de 1999 (Exp. N° 1804-98), tuvo por apersonada a la Defensoría del Pueblo en un proceso de amparo, a efectos de coadyuvar en la defensa de los derechos constitucionales involucrados. El Tribunal Constitucional ha confirmado esta atribución al admitir el apersonamiento y el uso de la palabra de la Defensoría del Pueblo en el proceso de amparo iniciado por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la empresa Comunicación y Servicios S.R.Ltda., propietaria de la emisora Radio Imagen (Exp. N° 905-2001-AA/TC).

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha reconocido la intervención del Defensor del Pueblo como *amicus curiae* en los procesos constitucionales. Esto, por ejemplo, sucedió en el caso José Aguilar Santibañez (Exp. N° 2455-2002-HC/TC-Piura).

Esta función de activar la jurisdicción constitucional fortalece la posición de la Defensoría del Pueblo, pues ante el incumplimiento de sus recomendaciones o sugerencias le permite acudir a un instrumento procesal como el amparo que garantice el respeto de los derechos fundamentales. Ello, asimismo, permite que pueda convertirse en "un verdadero protector de los intereses difusos"⁽³⁰⁾.

(30) ALMAGRO NOSSETI, José, " tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos", *Revista de Derecho Público*, Madrid, N° 16, 1982-1983, p. 104.

2.4 La tutela de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: el denominado "amparo colectivo"

La doctrina tradicional, con un enfoque "liberal-individualista", circunscribió la tutela de los derechos "a un titular determinado o al menos determinable"⁽³¹⁾. Una tesis de tal naturaleza que limitaba la tutela a los derechos subjetivos individuales, incluso cuando el conflicto trascendía el interés de una persona, contribuía a sobrecargar de causas al Poder Judicial al presentarse un cúmulo de demandas individuales y, además, dificultaba el acceso a la justicia. De esta manera, derechos como el medio ambiente, la salud o los derechos de los consumidores no encontraban una tutela judicial adecuada. De ahí que paulatinamente se haya ido desarrollando un movimiento que ha tratado de avanzar hacia una tutela más amplia y efectiva de los derechos, eliminando las barreras que impiden el acceso a la justicia a través de la protección de los intereses difusos y colectivos⁽³²⁾.

Desde una perspectiva comparada, destaca el desarrollo de los Estados Unidos a través de las *class actions*; en Europa, constituye un aporte relevante la experiencia italiana, francesa y alemana⁽³³⁾. Por su parte, en América Latina sobresale la experiencia brasileña. Incluso, en la actualidad, bajo el patrocinio del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ya se cuenta con un Anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica que regula un proceso colectivo para la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, elaborado por los profesores brasileiros Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi⁽³⁴⁾.

(31) WATANABE Kazuo, "Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso", en GIDI Antonio y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coordinadores), "La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código modelo para Iberoamérica", México: Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003, pp. 3-4.

(32) CAPPELLETTI Mauro y Bryant GARFILI, "El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos", México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 35.

(33) SUGRIBO ESTACONAN Joaquín, "La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos", Madrid: Dykinson, 1995, pp. 195 y ss.

(34) El texto figura como apéndice al libro de GIDI Antonio y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coordinadores), *ob. cit.*, pp. 655 y ss. Asimismo, ha sido publicado en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, año II, N° 3, 2003, pp. 165 y ss.

Y es que la doctrina procesal contemporánea distingue los derechos difusos, los colectivos y los individuales homogéneos. Así el antes citado Código Modelo utiliza tres criterios para diferenciarlos: "subjetivo (titularidad del derecho material), objetivo (divisibilidad del derecho material) y de origen (origen del derecho material)"⁽³⁵⁾.

a) Respecto a la titularidad del derecho —señala Gidi— que "el derecho difuso pertenece a una comunidad formada de personas indeterminadas e indeterminables. El derecho colectivo (...) a una colectividad (...) de personas indeterminadas más determinables, los derechos individuales homogéneos pertenecen a una comunidad formada de personas perfectamente individualizadas que también son indeterminadas y determinables"⁽³⁶⁾.

b) En lo referente a la indivisibilidad del derecho material los derechos difusos y colectivos en la medida que "son superindividuales, metaindividuales, transindividuales, son indivisibles. (...) Los derechos individuales homogéneos, en contraste, debido a su carácter predominantemente individualizado, son divisibles (...) "⁽³⁷⁾.

c) Finalmente, en cuanto al origen, se afirma que las personas que tienen la titularidad del derecho difuso no están "ligadas por un vínculo jurídico previo, sino por meras circunstancias de hecho"; en cambio, las personas titulares de un derecho colectivo sí se encuentran "ligadas por una previa relación jurídica-base que mantienen entre sí o con la contraparte"⁽³⁸⁾.

En base a tales criterios, el primer artículo del Código Modelo establece que los derechos tutelados por el proceso colectivo que desarrolla dicho texto son:

(35) GIDI Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", en GIDI Antonio y Eduardo FERRIER MAC-GREGOR (coordinadores), *ob. cit.*, p. 29.

(36) GIDI Antonio, *ob. cit.*, pp. 29-30.

(37) GIDI Antonio, *ob. cit.*, pp. 30-31.

(38) GIDI Antonio, *ob. cit.*, p. 31.

"Artículo 1.- La acción colectiva será ejercida para la tutela de:

I. Intereses o derechos difusos, así entendidos, para efectos de este Código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho;

II. Intereses o derechos colectivos, así entendidos, para efectos de este Código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

III. Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los provenientes de origen común;"

Agrega, el artículo 2, párrafo 1 que tratándose de los derechos individuales homogéneos deberá demostrarse el "predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto".

A partir de tales categorías podemos señalar, a manera de ejemplo, que la contaminación ambiental o la publicidad engañosa (derechos del consumidor) vulneran derechos difusos; que si en el marco de una relación contractual una escuela efectúa cobros ilegales a sus alumnos afecta un derecho colectivo; y que puede hablarse de derechos individuales homogéneos cuando se reclama una reparación por daños individuales generados por una publicidad engañosa, y es que —como señala Gidi— dicho "concepto básicamente implica una acción colectiva por daños individuales"⁽³⁹⁾.

Cuando estos derechos cuentan con sustento constitucional resulta legítimo habilitar al proceso de amparo para su defensa, el mismo que en algunos países cuenta con una interesante evolución jurisprudencial y normativa. En este sentido, destaca la experiencia brasilera, cuya Constitución de 1988 (artículo 5, LXX) fue pionera al introducir el "mandato

(39) GIDI Antonio, "Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", en FERRIER MAC-GREGOR Eduardo (coordinador), "Derecho Procesal Constitucional", México: Porrúa, 2002, Tomo II, p. 2033.

de seguridad colectivo" que puede ser interpuesto por los partidos políticos con representación en el Congreso, sindicatos, entidades de clase o asociaciones que hayan funcionado más de un año. Dicho proceso "protege derechos difusos, colectivos y derechos individuales homogéneos a través de un procedimiento colectivo. La sentencia produce cosa juzgada *erga omnes*, beneficiando a todas las personas que estén en la misma situación (miembros del grupo)"⁽⁴⁰⁾.

Posteriormente, en Argentina la reforma constitucional de 1994 (artículo 43, segundo párrafo) introdujo el "amparo colectivo"⁽⁴¹⁾ —que contaba con algunos antecedentes jurisprudenciales en lo referente a la tutela de intereses difusos⁽⁴²⁾—, al señalar que podrá interponerse "contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general". Agrega que se encuentran legitimados "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". Por su parte, en México la doctrina viene proponiendo un "juicio de amparo colectivo" para permitir el "acceso a la justicia de los intereses supraindividuales"⁽⁴³⁾ y que supere "el principio del agravio personal y directo que rige actualmente la procedencia del amparo"⁽⁴⁴⁾.

En el Perú, el Decreto Legislativo 613 (1990), Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, agregó un párrafo final al artículo

26 de la derogada Ley 23506, reconociendo legitimación activa para la tutela de derechos fundamentales de naturaleza ambiental: a) a cualquier persona así no haya sido afectada directamente, y, b) a las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro (ONG) cuyo objeto sea la defensa del medio ambiente. Por su parte, el Código Procesal Constitucional (artículo 40) precisa que "puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos".

De esta manera, la derogada Ley 23506 se limitó a ampliar la legitimación cuando se trataba de tutelar el derecho al medio ambiente. En cambio, el Código comprende a todos los derechos difusos con rango constitucional y no solo al medio ambiente. No obstante, a diferencia de Brasil y Argentina, no hace expresa referencia a un "amparo colectivo", sino más bien a un amparo que tutela derechos difusos. A nuestro juicio, ello no impide que jurisprudencialmente pueda desarrollarse este "tipo" de amparo e inclusive ampliarse la tutela a casos en los que se afecten derechos colectivos e individuales homogéneos. Cabe recordar que hace algunos años el Tribunal Constitucional se refirió a la existencia de un "amparo colectivo", aunque sin mayor desarrollo conceptual. En efecto, en el Exp. N° 221-1997-AA/TC el Tribunal en su sentencia de 29 de octubre de 1997 (José Linares Cornejo c/ Municipalidad Provincial de Arequipa, F. J. N° 2) sostuvo:

"Que, en el presente caso estamos frente a derechos de incidencia colectiva, a los que la doctrina conoce con el nombre de intereses difusos o colectivos, principalmente vinculados con la preservación del ambiente; cuyos valores puestos en juego afectan prácticamente a todos; interés jurídicamente relevante que ha hecho nacer un nuevo tipo de amparo, denominado amparo colectivo por el estudioso argentino Augusto M. Morello; y cuya admisibilidad ha sido expresamente reconocida —para el caso de derechos constitucionales de naturaleza ambiental— por el artículo 26 tercer párrafo de la Ley 23506, de Hábeas Corpus y Amparo; dispositivo legal, que por otra parte, reconoce la legitimatio ad causam a cualquier persona, aun cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente".

(40) GIDI Antonio, "Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", *ob. cit.*, pp. 2023-2024.

(41) MORELLO Augusto y Carlos VALLERIN, "El amparo. Régimen procesal", 4ª ed., La Plata: Librería Editora Platense, 2000, p. 282.

(42) Así por ejemplo, tratándose de la tutela del medio ambiente, destaca el amparo iniciado por Alberto Kallun contra el Poder Ejecutivo Nacional, porque este había autorizado a firmas japonesas a exportar dentro del mar argentino y exportar eutroce ejemplares de delphin. El juzgado acogió favorablemente la pretensión pues "entendió que todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer acciones tendientes a la protección del equilibrio ecológico, esto es, a que no se modifique su hábitat y conforme a tal derecho, tiene la facultad de exigir una conducta determinada (a que no se atente contra tal hábitat)" (SACCHIS Néstor Pedro, *ob. cit.*, p. 357).

(43) FERRER MAC-GREGOR Eduardo, "El acceso a la justicia de los intereses de grupo. Hacia un juicio de amparo colectivo en México", en FERRER MAC-GREGOR Eduardo (coordinador), "Derecho Procesal Constitucional", *ob. cit.*, tomo I, p. 365.

(44) FERRER MAC-GREGOR Eduardo, "Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos", México: Porrúa, 2003, p. 56.

En este sentido, el 6 de abril del 2004, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia de especial relevancia por la dimensión de sus efectos, pues trascendían a la parte demandante (Exp. N° 2579-2003-HD/TC, Julia Arellano Serquén). Esto ocurrió en el proceso de hábeas data –a nuestro juicio, una modalidad de amparo– iniciado por una magistrada no ratificada que solicitaba copia de su evaluación al Consejo Nacional de la Magistratura. En tal ocasión, el Tribunal dictó una sentencia que beneficiaba a todos los demás magistrados no ratificados que también deseaban acceder a sus respectivas evaluaciones.

En el citado caso se trataba de derechos individuales –acceso a la información pública y, en consecuencia, derecho de cada magistrado no ratificado a obtener su evaluación–, que requerían para su adecuada tutela de una sentencia que no se limite a la parte demandante sino que tenga efectos para los restantes afectados, a fin de evitar una multiplicidad de procesos individuales. El Tribunal Constitucional en tal oportunidad ordenó al Consejo Nacional de la Magistratura que “en un plazo de 90 días hábiles (...), adopte las medidas necesarias y adecuadas a fin de corregir, dentro de los parámetros constitucionales, las solicitudes de entrega de información sobre el proceso de ratificación judicial”. Sin decirlo expresamente, el Tribunal estaba admitiendo la procedencia de un “amparo colectivo” en defensa de derechos individuales homogéneos.

Cabe indicar que en la doctrina, Mauro Cappelletti, postula como la más eficaz tutela jurídica de estos derechos aquella que conjuga tanto la legitimación a cargo de organismos gubernamentales (*Ombudsman*, Ministerio Público), con la iniciativa de los individuos y de los grupos privados directa o indirectamente interesados⁽⁴⁵⁾. Como se puede apreciar, la legislación vigente acoge un modelo similar pues no solo reconoce legitimación a cualquier persona y a las entidades sin fines de lucro cuyos objeto sea la defensa de derechos difusos, sino también a la Defensoría del Pueblo, cuya legitimación –a nuestro juicio– no se circunscribe a los derechos difusos sino incluso podría abarcar los derechos colectivos e individuales homogéneos.

(45) CAPPELLETTI Mauro, “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, N° 31-32, 1978, p. 22.

En el Perú la tutela constitucional de estos derechos ha tenido escaso desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, podemos destacar algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional como aquel en el que ordenó a la empresa Nextel del Perú S.A. retirar los equipos y antenas colocados en una vivienda cercana de la demandante (Exp. N° 0964-2002-AA/TC, Alida Cortez Gómez de Nano, resuelto el 17 de marzo de 2003). En dicha sentencia, precisó los alcances del derecho al medio ambiente, señalando que “no solo es un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés de carácter difuso, puesto que es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas (F.J. N° 8), y agregando que “participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales como de los derechos prestacionales” (F.J. N° 3)⁽⁴⁶⁾.

3. Legitimación pasiva

En general, como reconoce Oliver Araujo, la legitimación pasiva en el amparo, es decir, “la determinación de la entidad frente a la que ha de deducirse la pretensión, no suscita problemas de especial interés”⁽⁴⁷⁾, pues la Constitución es muy clara al permitir su procedencia frente a cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace un derecho fundamental.

En cambio, sí merece especial atención determinar en qué casos resulta viable acudir en amparo frente a tales sujetos legitimados, es decir, si procede utilizarlo contra todos los actos de una autoridad –por ejemplo, una sentencia o una ley–, o solo en algunos supuestos; aspectos que desarrollaremos en capítulos posteriores.

(46) En varias oportunidades, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la tutela constitucional del derecho al medio ambiente. Ello puede apreciarse en los siguientes casos: Exps. acumulados N° 300-2002-AA/TC y otros - Cajamarca Minas Conga S.R.L. y otros; Exps. acumulados N° 769-2002-AA/TC y otro - Cajamarca, Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Chapihuasi Dos de Cajamarca y otra; Exp. N° 2071-2002-AA/TC - Lima, Servicios y Productos Industriales Kernel Universal S.A.; y Exp. N° 921-2003-AA/TC - Lima, Valentín Chalten Huamán y otros. Cfr. Además, jurisprudencia constitucional sobre Derecho Ambiental”, *Jurisprudencia de Impacto*, Lima: Gaceta Jurídica, año 2, N° 9, mayo 2007.

(47) OLIVER ARAUJO Juan, *ob. cit.*, p. 269.

4. Intervención de terceros en el proceso

4.1. Terceros: Derecho Procesal y amparo

Hemos visto que en el amparo, como en todo proceso, existe una parte demandante y otra demandada. Sin embargo, podría suceder que otros sujetos, conocidos en doctrina como terceros, también estén en condiciones de ingresar al proceso por contar con legítimo interés para ello.

En efecto, el Derecho Procesal permite la presencia de terceros en el proceso, distinguiendo una intervención voluntaria (principal o excluyente, adhesiva simple o coadyuvante, y adhesiva autónoma o litisconsorcial) y otra obligada o forzosa.

La intervención de terceros ha sido prevista en las legislaciones que regulan al proceso de amparo. Así sucede en el derecho mexicano, en el cual no solo el "quejoso" y la "autoridad responsable" intervienen en el proceso sino también puede hacerlo el "tercero perjudicado". En rigor, anota Fix Zamudio, hay dos tipos de terceros que intervienen en el amparo mexicano. Aquel que participa en las demandas de amparo contra resoluciones judiciales (amparo casación o amparo recurso) en el que el tercero es una verdadera parte; y en el amparo-proceso en el que el tercero interviene como el coadyuvante de la autoridad responsable.⁽⁴⁸⁾

Del mismo modo, en España la LOTC (artículo 47.1) dispone que "Podrán comparecer en el proceso de amparo constitucional, con el carácter de demandado o con el de coadyuvante, las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso o que ostenten un interés legítimo en el mismo".

4.2. Su falta de regulación por la derogada Ley 23506. La jurisprudencia

La derogada Ley 23506 no contemplaba la intervención de terceros en el amparo. Ello permitió que en varias ocasiones se presenten situaciones de indefensión, pues sujetos con legítimo interés para intervenir

por ejemplo si se impugnaba un acto administrativo que les favorecía, no lo podían hacer. Esto, por ejemplo, se presentó en el caso "Miguel A. Iglesias Silva" (TGC, 15 de setiembre de 1986, El Peruano 16 de octubre de 1986). En tal ocasión, el demandante se encontró imposibilitado de intervenir en el amparo iniciado contra la resolución judicial expedida por el Noveno Juzgado Privativo de Trabajo que garantizaba el pago de sus beneficios sociales, pues la Corte Superior de Lima no le permitió intervenir y defender sus derechos por "no ser parte en dichos autos". Frente a ello, y ante el notorio interés con que contaba, máxime porque la decisión judicial que le favorecía había quedado suspendida por mandato de la Corte, interpuso erróneamente un hábeas corpus que llegado al Tribunal Constitucional fue desestimado.

Esta situación de indefensión suscitada por no permitirse la intervención de terceros en el proceso bien pudo ser salvada jurisprudencialmente. En efecto, como lo recuerda Fix Zamudio, en Brasil tampoco la Ley 1533 los menciona, sin embargo la jurisprudencia llegó a admitir su intervención de acuerdo con el principio procesal que exige la citación de todos aquellos que tienen interés en la decisión de la causa.⁽⁴⁹⁾

Empero, la tendencia de nuestros tribunales se mostraba reacia a reconocer una institución no prevista legalmente y por tanto no permitía la intervención de terceros en el amparo. No obstante, un caso excepcional y de singular importancia, fue el resuelto por el TGC en los seguidos por "Cooperativa de Vivienda Villa Mercedes Ltda. c/ Alcalde del Concejo Provincial de Lima" (resuelto el 26 de setiembre de 1988 y publicado en El Peruano del 1 de diciembre de 1988, p.4). En tal ocasión se sostuvo:

"El Asentamiento Humano José Carlos Mariátegui, como beneficiario directo de la Resolución de Alcaldía N° 1044, emitida el 06 de junio de 1986, contra la cual, precisamente, se dirige la acción de amparo de autos, constituye lo que en doctrina se denomina el tercero del amparo, y, por ello, de conformidad con el artículo sexto del Título Preliminar del Código Civil, tenía —y tiene— pleno derecho para participar

(48) FIX ZAMUDIO Héctor, "Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del derecho de amparo", México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1965, pp. 31-32.

FIX ZAMUDIO Héctor, "Manual de seguridad y juicio de amparo", Doctrina del Instituto de Derecho Comparado de México, N° 46, 1963, pp. 55-56.

en la acción de amparo llegada en casación, de modo que la decisión del Juez de Primera Instancia de no aceptar su apersonamiento y de devolver, una y otra vez, sus escritos, viola el mencionado dispositivo y, así mismo, los derechos constitucionales de defensa⁽⁵⁰⁾.

Este criterio habilitó la intervención de terceros en el amparo, evitándose así una situación de indefensión. Cabe indicar que en ese momento la regulación procesal civil y el desarrollo de la doctrina nacional respecto a la intervención de terceros era prácticamente inexistente, pues la misma recién empezó a tratarse sistemáticamente con el Código Procesal Civil de 1992⁽⁵¹⁾.

4.3. Su regulación por el Código Procesal Constitucional

La derogada ley complementaria de la Ley 23506, incluyó una norma mediante la cual se permite la intervención de terceros. En efecto, el artículo 25 disponía que "El Juez está obligado a admitir el apersonamiento de terceros que tengan legítimo interés en la resolución del amparo". De esta manera, el legislador regulaba la participación de los terceros coadyuvantes⁽⁵²⁾ en un proceso constitucional.

La citada norma no fijó un trámite especial. Sin embargo, el carácter urgente que identifica al proceso de amparo impedía la apertura de un incidente procesal. Por ello, el juez debía resolver de plano la solicitud de un tercero de ingresar al proceso, decisión que podía ser apelada sin efecto suspensivo. Por su parte, el Tribunal Constitucional entendió que si no se emplazaba al tercero se producía una causal de nulidad. Así lo sostuvo en el caso "Jaime Chava Quispe" (Exp. N° 296-00-AA/TC resuelto el 12 de junio del 2002, publicado el 14 de agosto del 2002) cuando se omitió citar, en una demanda de amparo interpuesta contra una resolución judicial, a la parte que le favorecía la subsistencia de la

resolución cuestionada. El TC sostuvo que "la omisión de su emplazamiento constituye una afectación al derecho de defensa y, por consiguiente, a los principios del debido proceso".

Entendemos, siguiendo a Vescovi, que "el tercero, una vez admitido en el proceso, se convierte en parte y tendrá los derechos, deberes y cargas de esta"⁽⁵³⁾, aunque reconocemos que existen opiniones diferentes⁽⁵⁴⁾. En este sentido, siguiendo la anotada tendencia el artículo 43 del Código Procesal Constitucional señala que "Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar".

Por lo demás, el Tribunal (Exp. N° 0961-2004-AA/TC, F.J. 5) ha establecido la diferencia entre el tercero y el litisconsorte, prevista en el artículo 54 del Código, señalando que estos últimos "son partes, en sentido estricto, de la relación jurídica procesal, a diferencia del tercero, que (...) es el sujeto procesal eventual no necesario para la prestación de la prestación de la actividad jurisdiccional que, sin ser parte, tiene la *chance* de participar en una relación procesal pendiente en la medida del interés jurídico que ostenta y a través del instituto técnicamente denominado 'Intervención de terceros' (Peyrano, Jorge, El Proceso Amparo, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 82)"⁽⁵⁵⁾.

4.4. Intervención como *amicus curiae*

También es posible la intervención de un tercero en un proceso de amparo en trámite a través de la presentación de escritos de *amicus curiae*. Se trata de una institución desarrollada en el derecho anglosajón, aunque para algunos cuenta con antecedentes en el Derecho Romano

(50) MONROY GÁLVEZ Juan, "Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil", en "La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos", ob. cit., p. 293.

(51) VICENTE CIMENO SENDRA y JOSÉ GARBURÍ LLIBREIGAT señalan que los coadyuvantes "solo poseen un interés legítimo en la conservación del acto presuntamente lesivo de algún derecho fundamental" (ob. cit., p. 181).

(52) VESCOVI Enrique, ob. cit., p. 202.

(53) Ana María Arrarte discrepa de tal posición, pues considera que el sujeto incorporado al proceso "será un tercero legitimado, pero tercero al fin" (ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil peruano", Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, N° 1, 1997, p. 142).

(54) FIGUEROA BERNARDINI Ernesto, "La intervención litisconsorciat facultativa en los procesos constitucionales", Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, N° 163, junio 2007, p. 97.

primitivo⁽⁵⁵⁾—, también utilizada en el sistema interamericano de Derechos Humanos. A través de ella un tercero —que no es parte del proceso⁽⁵⁶⁾— interviene en un “procedimiento con el propósito de ofrecer información, o de argumentar en defensa del interés general a fin de que más allá de los intereses de las partes, este también pueda ser considerado por la Corte, o para desarrollar los argumentos jurídicos de una de las partes”⁽⁵⁷⁾. Se trata de un “amigo del tribunal” que puede presentar cuestiones de derecho e incluso de hecho⁽⁵⁸⁾.

Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha reconocido la intervención del Defensor del Pueblo como *amicus curiae* en el caso José Aguilar Santiesteban (Exp. N° 2455-2002-HC/TC-Piura). En tal ocasión señaló que “Este Tribunal Constitucional considera que la presente acción debe tramitarse preferentemente, no solo por la propia naturaleza de la misma, cual es proteger la libertad, sino por que además, conforme a lo expuesto por el propio Defensor del Pueblo en el *amicus curiae* que ha presentado ante esta instancia, se trata de un asunto de interés público prioritario (...)” (R. J. 1).

El Código Procesal Constitucional no contempla —ni prohíbe— esta institución que si se encuentra prevista por el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (Resolución Administrativa N° 034-2005-P-TC, publicada el 23 de abril de 2005), que faculta al Pleno o las Salas a solicitar informes de *amicus curiae* para “esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados”.

5. Órgano jurisdiccional competente

El ejercicio de la función jurisdiccional no puede atribuirse a un solo juez, de ahí que sea necesario distribuirlo en distintos organismos jurisdiccionales. En efecto, señala Fairén Guillén, “de un lado, la complejidad

de los trabajos jurisdiccionales (civiles, laborales, sobre la Administración, penales) y de otro, la extensión geográfica y la gran población de casi todos los Estados, impone una distribución de la jurisdicción entre diversos tribunales”. Conforme a ello, la competencia “supone un examen de la distribución jurisdiccional entre los diferentes órganos de la misma, dentro de cada orden jurisdiccional, habida cuenta de su pluralidad”⁽⁵⁹⁾.

Este aspecto, que es tradicional apreciarlo en las diversas materias conocidas por los órganos jurisdiccionales (civil, penal, laboral, etc.), no es ajeno al área procesal constitucional —en concreto al amparo— y por eso se hace necesario regularla. No obstante, este ha sido uno de los temas que ha suscitado mayores reformas legislativas en el Perú.

5.1. La competencia según la derogada Ley 23506

La versión original de la Ley 23506 distinguió dos supuestos al respecto. En primer lugar, la regla aplicable a todo tipo de casos, con excepción de las lesiones originadas en una orden judicial, era que la demanda de amparo se presentaba ante el juez de primera instancia en lo civil del lugar donde se afectó el derecho, o aquel del domicilio del afectado, o donde domicilia el autor de la infracción. Y, en segundo lugar, si la afectación se hubiera originado en una orden judicial el órgano competente sería la sala civil de la Corte Superior respectiva, la cual debería encargar a otro juez su trámite.

Resultaba razonable otorgar competencia a los jueces de primera instancia en lo civil, facilitándose así el acceso de los justiciables al aparato judicial, y dejándose de lado la experiencia brindada por el llamado *habeas corpus civil*, que se planteaba ante la Corte Superior del distrito judicial respectivo.

Esta norma, además, dispuso que el agraviado podía elegir entre el juez del lugar donde se afectó el derecho, aquel del domicilio del demandado, o el de su domicilio. Sin embargo, ella tuvo en la práctica un desenvolvimiento inadecuado. Se entendió equivocadamente que al no

(55) DE PIÉROLA Y BALTA Nicolás y Carolina LOAYZA TAMAYO, “Los informes de *amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Interamericano*, Pamplona: Universidad de Navarra, N° XII, 1996, p. 455.

(56) FIGUEROA BERNARDINI Ernesto, “La intervención del *amicus curiae* en los procesos constitucionales”, *Actualidad Jurídica*, N° 161, abril 2007, p. 161.

(57) FAONDEZ LEDIESMA Héctor, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales”, 2ª ed., San José: IIDH, 1999, p. 463.

(58) DE PIÉROLA Y BALTA Nicolás y Carolina LOAYZA TAMAYO, *ob. cit.*, pp. 458-459.

(59) FAIRÉN GUILLEN Víctor, *ob. cit.*, p. 247.

precisarse que la causa debía tramitarse ante el juez de turno aquel requisito no era exigible.

En efecto, uno de los debates procesales presentados durante la vigencia de este dispositivo fue el relativo a la exigencia del turno en el amparo. En tal ocasión, ratificando criterios anteriores, se entendió que ante el "vacío" de la Ley 23506 al no regular lo referente al turno, aquél no era indispensable. Esta errada interpretación alentaba contra el principio de imparcialidad del juzgador pues uno podía escoger su propio juez.

Por lo demás, en doctrina el requerimiento del turno se encuentra pacíficamente reconocido. Así, el profesor argentino José Luis Lazzarini entiende que "El hecho de que se tenga que acudir al juez que por turno corresponde trae apareado una mayor seguridad de imparcialidad e impide la especulación que debe evitarse, con el conocimiento que se tenga por parte del litigante de la posición del juez frente a los distintos cuestionamientos de hecho o de derecho"⁽⁶⁰⁾.

En el segundo caso, es decir, cuando se trata de lesiones nacidas de una orden judicial, se otorgaba competencia originaria a la Sala Civil de la Corte Superior, la que encargaría al juez de primera instancia el trámite respectivo. Con dicha regulación se buscaba evitar que los jueces de primera instancia resuelvan las demandas interpuestas contra sus pares, reservándose tal competencia a las Cortes Superiores y a la Corte Suprema. Al ser órganos colegiados se consideraba que estarían sujetos a menos presiones y a una responsabilidad compartida. Cabe anotar que la Corte solo puede encargar al juez de primera instancia el trámite del procedimiento, mas este no puede resolver la litis por no tener competencia para ello. De hacerlo, se habría excedido en el encargo y la resolución expedida indebidamente sería nula.

5.2. La reforma dispuesta por la Ley 25011

Debido a la experiencia judicial precedente, dicha norma exigió el respeto al turno en el amparo ("se ejercerá ante el juez de primera

instancia en lo civil de turno en la fecha del acto violatorio del derecho constitucional"), creando uno especial, distinto al ordinario, para este proceso. Aquel debía ser establecido por la Sala Plena de la Corte Superior del distrito judicial respectivo. Con ello, se trató de evitar la existencia de posibles maniobras de las partes para escoger al juez que creían que iba a satisfacer mejor sus intereses.

5.3. La reforma establecida por la Ley 25398

El artículo 29 de la derogada Ley 23506, conforme a la modificación prevista por la Ley 25398, dispuso lo siguiente:

"Son competentes para conocer de la acción de amparo los jueces de primera instancia en lo civil del lugar donde se afectó el derecho o donde se cierne la amenaza, o donde tiene su domicilio el afectado o amenazado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción o amenaza, a elección del demandante.

La acción de amparo se interpone, indistintamente:

- a) Ante el juez de turno al momento de producirse la amenaza o el acto violatorio del derecho constitucional; o,
- b) Ante cualesquiera de los jueces cuyo turno esté programado para los treinta días siguientes a la fecha antes señalada.

Si la afectación de derechos se origina en una orden judicial la acción se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que encarga su trámite a un juez de primera instancia en lo Civil".

La norma en cuestión mantuvo la regla general de brindar un amplio margen de opciones al agraviado, así como aquella relativa a las afectaciones que tiene su origen en una orden judicial. Sin embargo, introdujo dos novedades. Por un lado, derogó la exigencia de un turno especial para el amparo; y por otro, especificó y amplió el número de jueces de turno a los que se podía acudir. En este último caso, el afectado tenía un margen de maniobra para "escoger" al juez que prefiera pues contaba con treinta días para ello.

(60) LAZZARINI José Luis, ob. cit., p. 301.

5.4. La competencia según la cuarta disposición transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

La Carta de 1993 dispuso que el Tribunal Constitucional conocerá en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. Es decir, ya no conocería en casación conforme lo señalaba la Constitución de 1979. Por ello, fue necesario regular transitoriamente la competencia en el amparo a la luz de los cambios constitucionales.

Así, la cuarta disposición transitoria de la Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, señaló que por regla general el amparo se interpondrá ante el Juzgado Civil que corresponda y que la Corte Superior respectiva conocerá en segunda instancia. En caso que la resolución sea denegatoria, se acudirá directamente al Tribunal Constitucional evitando el paso por la Corte Suprema. La excepción a este trámite se presentaría cuando el acto cuestionado fuera una resolución judicial pues en este caso conocerá en primera instancia la Corte Superior y en segunda, la Corte Suprema. Este dispositivo motivó diferentes interpretaciones respecto al momento de su aplicación. Ante esta situación, el Congreso aprobó la Ley 26446, publicada el 20 de abril de 1995, interpretando que la norma en cuestión solo se aplicaba a las demandas iniciadas a partir del momento de la vigencia de la Ley del Tribunal Constitucional.

5.5. El Decreto Legislativo 900 y la sentencia del Tribunal Constitucional

El citado decreto dispuso que en los distritos judiciales de Lima y Callao las demandas de hábeas corpus y amparo se presentarían ante los jueces especializados de Derecho Público, conociendo en apelación la Sala Especializada de Derecho Público. La intención del gobierno de Fujimori era la de evitar todo posible control judicial pues los dos magistrados designados se caracterizaron por su total dependencia del poder político.

Dicho decreto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 de agosto del 2001 (Exp. N° 004-2001-ITC) publicada en el diario oficial, separata Normas Legales, el 27 de diciembre

del 2001 (p. 214511). Ante tal situación, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa 192-2001-CE-PJ, de 27 de diciembre del 2001, publicada en el diario oficial al día siguiente, disponiendo que la anterior Sala de Derecho Público sería la Sexta Sala Civil y que los Juzgados de Derecho Público serían Juzgados Especializados en lo Civil. Asimismo, precisó que los procesos de amparo serían de conocimiento de todos los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima en el turno que corresponda. Además, facultó al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima a adoptar las disposiciones administrativas necesarias para el cumplimiento de tal resolución, hecho que se materializó a través de la Resolución 006-2002-P-CSJL-P de 4 de enero del 2002, publicada el 10 de enero en el diario oficial.

5.6. La competencia según el Código Procesal Constitucional y la necesidad de jueces especializados

La versión original del artículo 51 del Código Procesal Constitucional regulaba la competencia en el amparo del modo siguiente:

"Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado o donde domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros quien verificará los hechos referidos al presunto agravio.

La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda".

De esta manera, brindaba al afectado la posibilidad de escoger entre tres posibilidades distintas, siempre que se respete el turno correspondiente. Además, tratándose del cuestionamiento de actos judiciales se mantuvo la regla según la cual la demanda se debe presentar ante la Sala Civil, pero se eliminó el criterio según el cual se debía remitir el expediente a un juez para que le de el trámite respectivo y luego volviera a la sala para que dicte sentencia de primer grado. Sobre este último

aspecto, el Tribunal ha sido muy enfático al señalar que "siempre se ha considerado que el régimen de competencia previsto en el segundo párrafo del Código acotado es exclusivo del amparo contra resoluciones judiciales, y que este no se extiende, por analogía, a ningún otro acto reclamado, incluso si este último es expedido en procedimientos de naturaleza jurisdiccional (como el amparo electoral) o en otros de naturaleza análoga (como es el caso de los actos dictados por tribunales administrativos o arbitrales)" (Exp. N° 06149-2006-AA/TC, F.J. 6).

Asimismo, el Código abre la puerta para la existencia de jueces especializados que tramiten y resuelvan los procesos de amparo. En efecto, la tercera disposición final y transitoria dispone que "los procesos de competencia del Poder Judicial a que se refiere el presente Código, se iniciarán 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". Se trata de un aspecto muy importante que hasta el momento no ha sido implementado por el Poder Judicial. Las únicas dos excepciones se han presentado en los distritos Judiciales de Ayacucho y Lambayeque, pues mediante Resolución Administrativa 009-2006-CE-PI, publicada el 26 de enero de 2006, se creó con carácter permanente un Juzgado Especializado en Derecho Constitucional en el distrito de Ayacucho, provincia de Huamanga, y una Sala Especializada en Derecho Constitucional en la sede de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

5.7. La reforma efectuada al Código Procesal Constitucional

La Ley 28946, publicada el 24 de diciembre de 2006, modificó el artículo 51 del Código con la finalidad de regular la competencia en materia de amparo. La nueva disposición señaló que "Es competente para conocer del proceso de amparo, del proceso de hábeas data y del proceso de cumplimiento el juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante (...)"

La intención de la norma fue tratar de evitar la presentación de demandas de amparo "maliciosas" ante jueces que en estricto no eran competentes pero que bajo una interpretación extensiva o bajo el argumento de utilizar el domicilio de una sucursal del demandante, lograban "reconducir" una demanda ante el juez "escogido" por los actores. Así por

ejemplo, se decía que en muchas ocasiones se prefería demandar en un distrito judicial del interior del país pues se sabía que ahí se podía contar con una medida cautelar o con una sentencia favorable. Por ello, se plantearon los siguientes cambios:

- a) La demanda se debe presentar ante el juez donde se afectó el derecho o el del domicilio "principal" del afectado. Se excluye la posibilidad de presentar la demanda ante el domicilio del demandado y se explicita que el domicilio del afectado deberá ser el "principal".
- b) Se señala que no cabe la prórroga de competencia y que si ello ocurriera el acto carece de validez y será sancionado con la nulidad de actuados. Como indica Lino Enrique Palacio, "la competencia puede ser relativa o absoluta, según que admita o no ser prorrogada o renunciada por las partes"⁽⁶¹⁾. La nueva ley prohíbe esta renuncia estableciendo que se trata de una competencia absoluta.
- c) Se establece un procedimiento especial para las excepciones de incompetencia, las cuales hasta antes de esta reforma se resolvían al momento de dictar sentencia. La nueva ley establece que se resuelven, previo traslado, a través de un auto de saneamiento procesal. Si se ampara la excepción deducida el juez anulará lo actuado y dará por concluido el proceso. La apelación procederá solo con efecto suspensivo.
- d) Finalmente, se autoriza al juez a imponer multas si comprueba "malicia o temeridad en la elección del juez por el demandante".

Como se puede apreciar, estas nuevas reglas se explican por la desconfianza del legislador frente a los jueces –y obviamente respecto a los abogados que promueven sus demandas de amparo–, y tratan de evitar posibles manipulaciones en la competencia judicial. Como puede apreciarse, este no es un problema reciente sino que se ha venido presentando

(61) PALACIO Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", 18ª ed., Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2004, p. 193.

desde 1982 con la vigencia de la Ley 23506. A nuestro juicio, el problema de fondo no lo puede resolver una nueva ley, la experiencia de casi 25 años así lo demuestra. Por eso, el Código apostó por contar con jueces especializados en la materia, lo cual hasta el momento no se ha implementado salvo las excepciones presentadas en dos distritos judiciales. En este sentido, compartimos la opinión de Vásquez Sotelo y lo extendemos al proceso constitucional pues "solo contando con jueces imparciales, independientes y responsables, pero también muy competentes y experimentados, puede asegurarse un proceso civil de calidad"⁽⁶²⁾. Y es que como decía Carnelutti "el problema del proceso es, ante todo encontrar el hombre digno de juzgar"⁽⁶³⁾.

6. La exclusión del Ministerio Público del proceso de amparo

La derogada Ley de hábeas corpus y amparo disponía que el Ministerio Público debía intervenir en el proceso de amparo en dos momentos distintos. En primer lugar, durante el trámite para conceder una medida cautelar. En efecto, el Decreto Ley 25433 (artículo 3), reguló un procedimiento especial para conceder una medida cautelar, disponiendo que de la solicitud "se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada"⁽⁶⁴⁾, con intervención del Ministerio Público". A nuestro juicio, en esta etapa no era necesario contar con la intervención del Ministerio Público. Sin embargo, ello se estableció con la finalidad de tornar más engorroso el trámite cautelar.

En segundo lugar, el Ministerio Público intervenía antes que la Corte Superior y la Corte Suprema dicten sentencia, pues de acuerdo con la derogada Ley 23506, emitía dictamen previo. En este caso tampoco resultaba necesaria la intervención del Ministerio Público pues dilataba la celeridad que debe caracterizar a un proceso de esta naturaleza.

El Código Procesal Constitucional apuesta porque los procesos constitucionales sean manifestación de una verdadera tutela de urgencia. En la medida que la experiencia demuestra que acortar los plazos legales no es suficiente, ha optado por excluir la intervención del Ministerio Público y su rol dictaminador en los procesos de amparo. Ello no restringe las funciones de dicho órgano constitucional, sino tan solo privilegia la necesidad de contar con una tutela de urgencia de los derechos fundamentales. Estamos seguros que con este cambio, el amparo se resolverá mucho más pronto.

Lamentablemente, una modificación introducida en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República⁽⁶⁵⁾ al procedimiento cautelar (artículo 15) estableció que el Ministerio Público interviene ante la Corte Superior cuando se solicite una medida cautelar contra un acto administrativo municipal o regional. Ese sería el único supuesto en el cual podría intervenir y, ciertamente, no guarda ninguna coherencia con el diseño del procedimiento de amparo previsto por el Código. La Ley 28946, que modificó el citado artículo, mantiene dicha incoherencia.

Cabe indicar que tal exclusión no goza de la aceptación del Ministerio Público, pues la Fiscal de la Nación con fecha 18 de junio del 2004 presentó una iniciativa legislativa (Proyecto 10842/2003-MP) para modificar el Código Procesal Constitucional y permitir la intervención del Ministerio Público a fin de que emita dictamen en segunda instancia. Definitivamente, no estamos de acuerdo con tal propuesta.

II. ETAPA POSTULATORIA

1. La demanda de amparo

Entendemos por demanda "el acto procesal que proviene del actor e inicia el proceso"⁽⁶⁶⁾ de amparo. Se trata de un acto de postulación

(62) VÁSQUEZ SOTELO José Luis, "El proceso civil y su futuro", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, año 11, N° 3, 2003, p. 69.

(63) CARNELUTTI Francesco, "Derecho y proceso", traducción de Santiago Santos Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 83.

(64) El artículo 635 del Código Procesal Civil, cuando regula el procedimiento cautelar, utiliza la expresión más técnica "cuerda especial".

(65) Así surge del dictamen de la citada Comisión de fecha 22 de marzo del 2004 en el que aprueba el texto sustitutorio del Código Procesal Constitucional.

(66) CORTÉS DOMÍNGUEZ Valentín, en el libro elaborado conjuntamente con José A. MACRO NOSPTE, VICENTE GIMENO SENDRA y VÍCTOR MORENO CATENA, "Derecho Procesal", 4a. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, Tomo I, Vol. I, Parte general: proceso civil (I), p. 345.