

Mutaciones Procesales

Enrique Palacios Pareja^{***}

¿Qué transformaciones se presentan en los presupuestos procesales al operar un supuesto de sustracción de la materia en los procesos de amparo? En otras palabras, ¿cómo cambian las situaciones jurídicas procesales de las partes al ser que un daño se ha configurado como irreparable? En el presente artículo, el autor responde a estas interrogantes desarrollando y analizando los distintos presupuestos procesales que se deben de analizar a la hora de determinar la participación de litisconsortes o terceros intervinientes en los procesos de amparo.

I. Introducción

Es muy grato poder participar en el merecido homenaje al destacado abogado, reconocido profesor y buen amigo, Juan Luis Avendaño Valdez, a quien tengo la suerte de conocer hace más de 30 años. Para ello he escogido escribir sobre un tema vinculado a una materia que sé que a él le interesa mucho y sobre la que ha escrito con acierto en más de una oportunidad: el interés y la legitimidad para obrar.

En las líneas siguientes propondré algunas ideas en torno a aquella situación en la que el interés y la legitimidad para obrar invocados y satisfechos originariamente en la demanda, en un proceso constitucional de amparo con sujetos múltiples, sufren importantes mutaciones como consecuencia de la irreparabilidad de la amenaza o violación de un derecho constitucional. Como veremos, ello trae como consecuencia cambios en el plano objetivo y subjetivo del proceso, con importantes efectos prácticos.

II. Consideraciones procesales básicas para el desarrollo del tema

1. Tutela procesal

Por lo general se entiende al proceso como una herramienta para acudir al órgano jurisdiccional buscando se reparen derechos vulnerados o lesionados. Según esta visión la actividad jurisdiccional entra en acción luego de producida la afectación de los derechos del demandante, a fin de que estos derechos sean reconocidos y efectivamente satisfechos. En otras palabras, la judicatura actúa como el médico frente a la enfermedad ya manifiesta,

a fin recuperar la deteriorada salud del paciente. Nos encontramos entonces frente a la tutela ordinaria. Tenemos ante nosotros entonces un proceso que no mira hacia el futuro, sino hacia el pasado, con lo que no puede evitarse la violación de los derechos sino sólo actuar luego que esta violación se ha producido.

De otro lado, así como ante la presencia de determinados síntomas acudimos al médico para tomar medidas preventivas y evitar que la enfermedad se produzca, podemos dirigirnos al órgano jurisdiccional para que entre en acción evitando que se lesionen los derechos. Estamos entonces frente a la tutela jurisdiccional preventiva.

Estamos hablando de una forma de tutela diferenciada, una forma especial de tutela (diferente a la ordinaria) para la protección de derechos también diferentes. Jaime Guasp¹ enseña que *"la existencia de un proceso especial puede deberse a una razón de derecho material. En efecto, el legislador se encuentra, en ocasiones, con que, según su opinión, la existencia de un tipo especial de derecho material reclama, como necesaria o conveniente, la existencia de un tipo especial correspondiente de proceso"*.

Una forma de tutela preventiva es la inhibitoria, en la que lo que se pretende por el actor y se ordena por el Juez es que, anticipándose a la producción del ilícito, el demandado se abstenga cometerlo. Sobre el tema Marinoni enseña que² *"Afirmar ciertos derechos, que por su naturaleza son inviolables y no poner a disposición del justiciable un proceso realmente preventivo, es lo mismo que apenas proclamar estos derechos, con un objetivo meramente demagógico y mistificador."*

* Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados.

** Con la colaboración de la Srta. Mayté Pamela Chumberiza Tupac Yupanqui. Alumna del Pre grado de Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Civitas, Madrid 1998. Tomo II. Pág. 24.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *La Efectividad de los Derechos y la Necesidad de un Nuevo Proceso Civil*. *Proceso y Justicia*. Revista de Derecho Procesal N° 3. Pág. 9.

En realidad, cuando son afirmados derechos que por su parte son inviolables y no se confiere al justiciable un instrumento procesal capaz de garantizar su no violación, se admite que cualquiera pueda violarlos o expropiarlos, surgiendo, entonces, la figura del violador-pagador”.

En el Código Procesal Peruano no está regulada la tutela inhibitoria. Ello no impide que se otorgue por la judicatura, en concordancia con la norma constitucional³ según la cual lo que no está prohibido está permitido, y con lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil⁴ según el cual, ante defectos o vacíos, se recurrirá a la doctrina y jurisprudencia correspondientes.

El Código Procesal Constitucional (en adelante CPCo) sí otorga tutela inhibitoria por la vía del amparo, en defensa de la amplia lista de derechos enunciados en su artículo 37º y “en los demás que la Constitución reconoce”, ante la amenaza de un Derecho Fundamental, que debe ser cierta y de inminente realización. Es más, como lo establece el artículo 1º del CPCo, si luego de presentada la demanda de amparo 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 disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en la conducta que motivó la interposición de la demanda, bajo el apercibimiento previsto en la norma. Tenemos entonces que, para la protección efectiva de los derechos que se encuentran en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, el CPCo otorga tutela inhibitoria impidiendo la realización o la repetición de lo ilícito.

2. La legitimidad para obrar

La legitimidad para obrar es la posición habilitante en la que coloca la ley a determinadas personas para que puedan plantear determinadas pretensiones o, en palabras de Osvaldo Gozaíni, “Estar legitimado para actuar significa tener una situación individual que permite contar con una expectativa cierta a la sentencia”⁵.

Por regla general, esta posición habilitante está conferida a quien es parte de la relación jurídico material que da origen al conflicto materia de proceso (legitimidad ordinaria); de ahí que comúnmente se diga que hay legitimidad para obrar cuando existe correspondencia entre quienes son parte de la relación jurídico material y quienes lo son de la relación jurídico procesal. La legitimidad exige la aptitud para ser sujeto de derecho respecto de una determinada controversia, esto es, que así como la capacidad implica la facultad de poder ser sujeto de

una relación sustancial, la legitimidad supone el serlo en realidad y poder actuar en la controversia judicial con eficacia. Por lo tanto, para que pueda producirse una sentencia válida sobre el fondo, deben estar en el proceso aquellos sujetos de la relación sustancial que, por serlo efectivamente, ocupan la posición habilitante para ser partes legítimas en el proceso judicial. Si no ocupan esa efectiva posición en la relación sustancial, que las habilita, serán parte en el proceso, pero sin legitimidad para serlo y, por lo tanto, el Juez no podrá pronunciarse válidamente sobre el fondo del asunto.

En definitiva entonces, la legitimidad para obrar es la idoneidad de la persona para actuar en el proceso realizando actos eficaces, en función a la real posición que tiene dicha persona en la relación sustancial o en el acto sobre el que versa la controversia. No se determina en función de la simple afirmación o de la efectiva existencia del derecho material discutido y su obligación correlativa, pues estos pueden incluso no existir, en cuyo caso se producirá una sentencia sobre el fondo declarando infundada la pretensión.

Distingo entre la falta de legitimidad para obrar por defecto y la falta de legitimidad para obrar por exceso. La primera se produce cuando no están en el proceso (ya sea como demandante y/o como demandado) los sujetos que, conforme a la relación sustancial, deben estar presentes en la relación procesal.⁶ La segunda se produce cuando en el proceso están, como demandante o demandado, sujetos que no ocupan la posición habilitante en la relación sustancial que justifique su presencia en la relación procesal.

3. El interés para obrar

Antes de definir en que consiste el interés para obrar en el marco de una relación procesal, es necesario puntualizar qué se entiende por interés. Según Carnelutti⁷, el interés es “la posición del hombre respecto de un bien, o más exactamente la posición favorable a la satisfacción de una necesidad”. Este es el interés sustancial o material, que es la causa objetiva que tiene el demandante para instaurar la demanda, y el demandado para contradecirla mediante específicas defensas.

Chiovenda señala que “Por regla general puede decirse que el interés en obrar consiste en esto: Que sin la intervención de los órganos jurisdiccionales, el actor sufriría un daño injusto”⁸. De esta definición se desprende que, para determinar si hay o no interés para obrar, debe hacerse un juicio de utilidad comparando los efectos de la decisión jurisdiccional con la utilidad que de esa decisión pueda derivarse para quien la solicita. En consecuencia, el interés

3 Constitución: Artículo 2.- inciso 24, a). “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella prohíbe”

4 “Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales y, que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso”.

5 GOZAINI, Osvaldo. La Legitimación en el Proceso Civil. Buenos Aires EDIAR, 1996., p. 81.

6 Esta falta de legitimidad puede ser alegada y corregida también a través de la denuncia civil, mediante la cual el demandado solicita la incorporación de aquel que tiene responsabilidad o participación en el derecho discutido.

7 CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Argentina: Uteha 1944., p. 11.

8 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Ed. REUS 1955

para obrar debe ser concreto -dado que se refiere a una determinada relación jurídica, es decir, debe existir en cada caso en particular -y actual- debe ser considerado en el momento en que se ejercita la acción- de lo contrario no se justificaría que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la existencia del derecho reclamado o sobre la relación jurídico material.

Otro aspecto que merece ser destacado respecto del *interés para obrar* es que el mismo se configura como condición de la sentencia de fondo, no como condición de la acción. Así pues, si el actor interpone una demanda, pese a no gozar de interés para obrar, el Juez no podrá resolver sobre las pretensiones del demandante y/o defensas del demandado y su sentencia será inhibitoria, limitándose a declarar que no le es posible analizar la materia de fondo. En ese sentido, el derecho de acción queda satisfecho al obtenerse un pronunciamiento del órgano jurisdiccional competente, aunque dicho pronunciamiento no sea sobre el fondo del litigio.

Ahora bien, si el actor invocó y acreditó interés para obrar al interponer la demanda pero lo pierde en el "iter" del proceso, la demanda podrá ser declarada improcedente en cualquier momento, incluso en la sentencia que será inhibitoria. Recordemos que los jueces no hacen declaraciones abstractas, por tanto, quienes interponen una pretensión o quienes se oponen a ella deben obtener algún provecho con la decisión judicial. En consecuencia, en el momento en que el Juez advierta falta de interés para continuar el proceso deberá declarar esa circunstancia y poner fin al proceso, aún de oficio, porque la cuestión del interés excede la disponibilidad de los litigantes. No tiene ningún sentido continuar con un proceso que no tendrá ninguna consecuencia para el demandante. Si el Juez puede rechazar liminarmente la demanda por falta de interés para obrar, no hay razón para no poder hacerlo luego de haberla admitido, en cualquier momento del proceso en que se percate de la carencia de este importante presupuesto. Lo contrario significaría someter a las partes y a la propia judicatura a un proceso que se sabe de antemano no podrá ser objeto de una sentencia sobre el fondo por falta de interés para obrar. En ese sentido Peyrano⁹ enseña que "... realmente, si al órgano judicial se le reconoce la atribución de rechazar in limine una pretensión, también debe contar con la facultad de desestimar (obviamente sin trámite completo) una pretensión cuando comprueba que es improponible con posterioridad a haber admitido la demanda respectiva".

No tengo duda que esta facultad del Juez existe hasta el momento de la sentencia, pues de acuerdo al artículo 121° del CPC "*mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal*". (énfasis agregado).

Desde una mirada eficientista del proceso, el interés para obrar se presenta como una exigencia del principio de economía procesal. Así pues, para contar con interés para obrar será necesario que el actor haya agotado todos los medios no jurisdiccionales para satisfacer su pretensión material, siendo el caso que, pese a haber agotado cada uno de esos medios, su pretensión aún no ha sido satisfecha. En ese sentido, resulta evidente que de no haberse agotado tales medios, el actor no contaría con interés para obrar y su actuación resultaría injustificadamente gravosa siendo que pretende movilizar el aparato judicial cuando aún hay otros caminos por recorrer, eventualmente menos largos y costosos.

"(...) la evaluación del interés para obrar en el demandado no se obtiene mediante un juicio o evaluación de utilidad que el proceso representa para él. La evaluación de utilidad se realiza respecto de las defensas concretas que el demandado formula en el proceso."

Juan Luis Avendaño¹⁰, citando a Francesco Luiso, enseña que existe el llamado interés en el medio distinguiéndolo del interés en el resultado. El primero se ve satisfecho cuando el proceso es el único mecanismo de tutela al que se puede recurrir para amparar una situación jurídicamente relevante. Al respecto, es gráfico el ejemplo dado por el profesor Avendaño según el cual "*no es necesario demandar la resolución de un contrato si se ha pactado que esta opera de pleno derecho; la sentencia en dicho proceso será fundada pero no le habrá servido de nada al demandante, pues por su sola declaración el contrato ya habría quedado resuelto*"¹¹. En segundo lugar, el interés en el resultado existe cuando, siendo el proceso la única herramienta con la que cuenta el actor, el resultado que se obtenga del mismo debe generar cambio útil en su situación jurídica. Un ejemplo sobre el tema es el referente a los procesos de licitación pública. Así, se tiene que si el licitante que ocupó el tercer lugar en el concurso demanda la nulidad del otorgamiento de la buena pro, este no tendrá interés para obrar en el resultado al ser que, de declararse fundada su demanda, la buena pro será otorgada a quién ocupó el segundo lugar en el concurso.¹²

Ahora bien, el interés para obrar es un presupuesto procesal que, como tal, debe exigírsele tanto al demandante como al demandado. Pero, ¿cabe evaluar la utilidad del proceso para el demandado? ¿Tiene el demandado otro medio para obtener tutela frente a

9 Peyrano, Jorge W. "Rechazo In limine de la Demanda". En: *Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas. Lima 1995. pp. 228.

10 Avendaño Valdez, Juan Luis. *El interés para obrar*. Themis Revista de Derecho, número 58, pp. 63-69.

11 *Ibidem*, pp. 64.

12 *Ibidem*, pp. 65.

la demanda que no sea el propio proceso en el que ha sido demandado? La respuesta es evidentemente no. Por ello, la evaluación del interés para obrar en el demandado no se obtiene mediante un juicio o evaluación de utilidad que el proceso representa para él. La evaluación de utilidad se realiza respecto de las defensas concretas que el demandado formula en el proceso. Al respecto, es conocido el caso que plantea el profesor Luiso para ilustrar este tópico. Refiere el profesor italiano el caso de un testamento, *"imaginando que ha sido planteada la demanda de división hereditaria por parte del beneficiario del testamento. El demandado se defiende planteando la falsedad del testamento. Si la delación hereditaria no cambia, aun con la declaración de nulidad del testamento; el argumento de la nulidad del testamento es un medio de defensa inútil. Así, podría haber una serie de medios de defensa que probablemente sean fundados, pero que no son útiles para la parte"*¹³

4. El litisconsorcio

El litisconsorcio es aquella situación procesal caracterizada por la coexistencia de dos o más sujetos que comparten la calidad de parte demandante o demandada debido a que: i) tienen una misma pretensión, es decir, se da un caso de acumulación de personas con una sola pretensión común; ii) sus pretensiones son conexas, lo cual se presenta en un caso de acumulación subjetiva de pretensiones; iii) la sentencia a expedirse respecto de un sujeto puede afectar a otro. Según la tipología clásica podremos estar frente al litisconsorcio necesario, el facultativo o el cuasinecesario.

4.1. Litisconsorcio facultativo

La institución procesal del litisconsorcio facultativo o voluntario se encuentra presente en nuestro ordenamiento en el Art. 94 del Código Procesal Civil (en adelante CPC)¹⁴. Esta institución se presenta cuando más de una persona participa en el proceso en calidad de demandante o demandado, pero teniendo interés propio y particular, por lo que tendrá su propia pretensión o defensa, siempre y cuando la misma sea conexa a las demás que se discuten en el proceso. En otras palabras, diversos sujetos en una misma posición de parte ejercen múltiples pretensiones conexas entre sí. Al respecto, cabe destacar 3 aspectos esenciales:

i) Aspecto subjetivo:

El litisconsorcio facultativo presupone la existencia de pluralidad de sujetos en una misma posición de parte. Pero la ausencia de un litisconsorte facultativo no presupone el quiebre de la relación procesal. Así, si bien la ley faculta a los litisconsortes a participar en la relación

procesal, en ningún caso los obliga, primando así la voluntad de participación¹⁵ de cada uno de los posibles litisconsortes facultativos. Se privilegia el principio de economía procesal, permitiendo que en un mismo proceso se discutan diversos temas con algún vínculo en común que normalmente podrían resolverse en procesos independientes.

ii) Aspecto objetivo:

Referente a la existencia de una pluralidad de relaciones jurídicas que eventualmente hubieran podido ser ejercidas individualmente. Así pues, cada litisconsorte deberá fundamentar y probar su posición a fin de que en la sentencia el Juez se pronuncie respecto de cada una de las posiciones alegadas. De esta situación se desprende la facultad de cada litisconsorte de impugnar la decisión jurisdiccional en el extremo que lo perjudique.

iii) Conexidad de las relaciones jurídicas:

Como se mencionó anteriormente, es necesario que las diversas pretensiones a ser discutidas en un mismo proceso guarden relación de conexidad o afinidad entre sí.

4.2. Litisconsorcio necesario

El litisconsorcio necesario es regulado en el Artículo 93° del CPC¹⁶. Se presenta cuando la parte demandante o demandada debe estar compuesta inevitablemente por más de una persona, las cuales serán titulares de una relación material, contando a su vez con el mismo interés para obrar. Así mismo, conforme señala el profesor Lino Enrique Palacio, *"en el litisconsorcio necesario existe siempre una pretensión única"*¹⁷, cuya característica esencial reside en la circunstancia de que sólo puede ser interpuesta por o contra varios legitimados, y no por o contra alguno de ellos solamente, por cuanto la legitimación, activa o pasiva, corresponde en forma conjunta a un grupo de personas y no independientemente a cada una de ellas"¹⁸. De lo expuesto se desprende que, ante la ausencia de una de las personas llamadas a conformar la parte activa o pasiva de una relación procesal, se presenta un defecto en la legitimidad para obrar. Estaríamos ante una falta de legitimidad para obrar por defecto. Esta situación generaría que cualquier pronunciamiento sobre el fondo emitido por el órgano jurisdiccional sea inválido.

4.3. El litisconsorcio cuasinecesario

Tradicionalmente, la doctrina ha afirmado que el litisconsorcio puede ser facultativo, necesario y cuasinecesario. Esta última institución se presenta, en palabras de Fairen Guillén¹⁹ *"cuando varias personas se hallen, ante un determinado evento jurídico, en situación igual de calidad, de tal modo que, teniendo todas ellas*

13 Luiso, Francesco, "El interés para obrar". En: *Diritto processuale civile*. Milán: Giuffrè, 1997, pp. 201-207.

14 **Artículo 94.- Litisconsorcio facultativo.-** Los litisconsortes facultativos serán considerados como litigantes independientes. Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

15 Respecto de la voluntad de intervención de los litisconsortes facultativos, Lino Enrique Palacio ha precisado que *"esta clase de litisconsorcio se caracteriza por el hecho de responder a la libre y espontánea voluntad de las partes que intervienen en el proceso, ya que no está impuesta por la ley (...)"*.

16 **Artículo 93.- Litisconsorcio necesario.-** Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario.

17 En otras palabras, en la figura del litisconsorcio necesario no se da el fenómeno de acumulación de pretensiones.

18 PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, pp. 279.

19 Citado por MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *El litisconsorcio necesario*. ARA: Lima, 1999, pp. 95-101.

legitimación para pretender o ser pretendidas, algunas lo hacen y otras no, pero sin embargo la resolución que recaiga en un proceso, les va a afectar a todas, por ser única la relación que existe entre el evento y ella; y modificado este, se modifica esta relación unitaria derivada de la citada identidad de calidad". En otras palabras, existen varios sujetos afectados por un mismo evento jurídico, de modo tal que cada una de estas personas tiene legitimidad para interponer una demanda por sí sola, o ser demandada ella sola, y obtenerse la emisión de una sentencia cuyos efectos se extiendan a todos los demás sujetos legitimados, hayan o no intervenido en el proceso. En ese sentido, la afectación que puede producir la sentencia es la que justifica la participación de cualquiera de los sujetos legitimados.

Ya en anterior oportunidad me he pronunciado sobre este tema señalando que no comparto la existencia del llamado litisconsorcio cuasinecesario²⁰. Un argumento que sustenta mi posición es el referente al concepto de litisconsorcio. Esta institución procesal supone la actuación conjunta de más de un sujeto, en el campo demandante o demandando, a lo largo del proceso en el cual se emitirá una sentencia que afectará a todos los litisconsortes. Esto no ocurre en el caso del "litisconsorcio cuasinecesario", pues si el supuesto litisconsorte no participa en el proceso, es decir no presenta ninguna actuación en el campo demandante o demandando, por más que los efectos de la sentencia lo alcancen de manera directa, no habrá sido demandante ni demandado, ni siquiera habrá participado en el proceso. Es decir estaríamos ante un litisconsorte ausente en el proceso.

En el supuesto comentado, estamos, en todo caso, frente a un tercero con un interés jurídicamente relevante para intervenir en el proceso, pues la sentencia le afectará directamente aún sin su participación. Recién cuando participe, desde el origen (si es que es demandante o demandado) o de manera sobrevenida (como consecuencia de su intervención) será un litisconsorte, pero facultativo, pues su participación en el proceso -en palabras de Lino Enrique Palacio- responde a su libre y espontánea voluntad. La categoría de cuasi necesario parece sobrar. Por lo demás, la mencionada participación sobrevenida se encuentra regulada como intervención litisconsorcial del tercero, en el artículo 98° del CPC²¹, que es la categoría procesal correcta.

III. ¿Qué pasa en el proceso de amparo?

El proceso de amparo constituye una forma de tutela jurisdiccional diferenciada en tanto obedece a una finalidad particular: proteger de manera eficaz y rápida los Derechos Constitucionales. En

definitiva, tal como lo señala el profesor Samuel Abad Yupanqui, el proceso de amparo constituye una tutela privilegiada que cuenta con un trámite procesal más acelerado "por la naturaleza prevalente del derecho en litigio."²² Este es un presupuesto muy importante para comprender que, como mecanismo diferenciado de tutela, el proceso de amparo goza de reglas especiales en aras de dotarlo de la eficacia en la defensa de los Derechos Fundamentales que está llamado a proteger. Sin embargo, como es obvio, a pesar de su carácter diferenciado el proceso de amparo -como mecanismo de tutela jurisdiccional- comparte con los demás muchas instituciones procesales. Así, el CPCo contiene una regla general relativa a la legitimidad para obrar de los litisconsortes en su artículo 54°, al disponer que "quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. (...) El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que este se encuentre (...)". La norma bajo comentario prevé la intervención de terceros que podrían verse afectados directamente por lo que se resuelva en el proceso. Estos terceros, acreditando un interés jurídicamente relevante en el desarrollo y resultado del proceso, pueden solicitar su intervención como parte en el proceso, siendo el caso que su ausencia no invalide el resultado del mismo. De lo dicho se desprende que estamos ante un caso de "intervención litisconsorcial". Como se aprecia, se está llevando al proceso constitucional la figura del artículo 93° del CPC.

De otro lado, el artículo 43° del CPCo dispone 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". Esta norma permite la integración a la relación jurídica procesal, es decir, la incorporación al proceso de quien es parte en el conflicto y que, pese a serlo, no fue comprendido en la demanda por el actor. Se trata de supuestos de litisconsorcios necesarios, en los que falta de legitimidad para obrar por defecto es corregida de oficio por el Juez incorporando a aquellos litisconsortes cuya ausencia impediría que se dicte válidamente una sentencia sobre el fondo. En el proceso civil el CPC tiene una norma similar en el artículo 95.²³

1. La irreparabilidad del daño como causal de improcedencia liminar

Conforme lo señala el inciso 5 del Artículo 5° del CPCo, la demanda de amparo será declarada improcedente cuando "a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional

20 PALACIOS PAREJA, Enrique. "Algunas consideraciones acerca de la acumulación y el litisconsorcio". En: *El proceso civil: enfoques divergentes*. Lima: Instituto Riva-Agüero, 2005, pp. 63-71.

21 **Artículo 98.- Intervención litisconsorcial.**- Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta.

Esta intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia.

22 ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

23 **Artículo 95.-** En caso de litisconsorcio necesario, el Juez puede integrar la relación procesal emplazando a una persona, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso le va a afectar.

o se ha convertido en irreparable". En este supuesto, la declaración de improcedencia responde a que la obtención de la finalidad del proceso constitucional se ha tornado imposible, pues el daño se ha vuelto irreparable con anterioridad al momento de la interposición de la demanda constitucional. En ese sentido, al momento de la calificación de la demanda, el Juez deberá declararla improcedente.

"(...) en el proceso de amparo, como en el proceso civil, el interés para obrar se manifiesta en la necesidad de que a través de él se obtenga la satisfacción del derecho tutelado(...)"

Una mirada procesal a este tema nos demuestra que la causal de improcedencia de la demanda por la irreparabilidad del daño obedece a la pérdida de interés para obrar en el demandante. Así pues, si recordamos que el interés para obrar es el resultado del juicio de utilidad que el proceso representa para el demandante, cabe preguntarse ¿cuál es el beneficio que representa para el actor el proceso de amparo? Veamos.

La finalidad del proceso de amparo se encuentra legalmente delimitada en el artículo 1° del CPCo que dispone que *"los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional"*. (énfasis agregado). En ese sentido, respondiendo a la pregunta formulada líneas arriba, el actor no obtiene utilidad ni beneficio con el proceso en tanto no es posible obtener la finalidad del amparo constitucional, que es la protección frente a un acto lesivo reponiendo las cosas al estado anterior de ocurrida la agresión o amenaza. Entonces, carece de sentido admitir a trámite una demanda de amparo si es que el daño ya se configuró como irreparable, pues la finalidad del proceso sería imposible de lograr.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando:

"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 violación²⁴".

Así, si sometemos la pretensión del demandante al juicio de utilidad comparando los efectos de la decisión jurisdiccional que pide el actor, con la utilidad que de esa decisión pueda derivarse para quien la solicita, concluimos en que el demandante carece de interés para obrar. Por ello, de acuerdo a la regulación general del CPC, específicamente el

inciso 2 del artículo 427°, la demanda será declarada improcedente liminarmente cuando el Juez al calificar la demanda advierta la ausencia de interés para obrar.

En resumen, de lo expuesto se desprende que en el proceso de amparo, como en el proceso civil, el interés para obrar se manifiesta en la necesidad de que a través de él se obtenga la satisfacción del derecho tutelado, que en el caso del amparo es obtener una resolución judicial que reponga las cosas al estado anterior a la afectación de un derecho constitucional. Así pues, la existencia de interés para obrar depende de la reparabilidad de la amenaza o violación del Derecho Fundamental lesionado. Si la lesión se ha tornado en irreparable, entonces el demandante carece de interés para obrar en el resultado.

2. Irreparabilidad del daño sobrevenida: supuesto de cambios objetivos y subjetivos en el proceso

Ahora bien, la irreparabilidad del daño puede no producirse antes de que la demanda se interponga, sino luego de su presentación, durante el desarrollo del proceso. Si como hemos visto hasta ahora la irreparabilidad del daño significa una pérdida de interés para obrar en el resultado del mismo para el demandante, nos enfrentaríamos ante una falta de interés para obrar sobrevenida en el actor, con lo cual, siguiendo la regla general a la que nos hemos referido en el punto II.3 precedente, el Juez debería declarar improcedente la demanda en el momento en que tome conocimiento de esa circunstancia, o en todo caso en la sentencia, que sería inhibitoria.

Como hemos visto ello respondería a que el interés para obrar exige que la decisión que emita el Poder Judicial deba ser útil, actual y necesaria para que el actor vea satisfecho su interés material de obtener aquello a lo que dice tener derecho. Como se dijo líneas arriba, en el caso del proceso de amparo, el interés para obrar consiste en la necesidad de obtener un mandato judicial que reponga las cosas al estado anterior a la afectación o amenaza de violación de un derecho constitucional, con lo cual, la existencia de interés para obrar depende de la vigencia de tal acto lesivo o de la correspondiente amenaza. Si la vulneración o la amenaza a un derecho constitucional no existen, o si la lesión se ha tornado en irreparable, entonces el demandante carecería de interés para obrar.

Sin embargo en el proceso de amparo ello no sucede así. En efecto, el artículo 1° del CPCo establece que cuando *"(...) 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 (...)"*.

Como hemos visto, de acuerdo a la regulación general del CPC, específicamente el inciso 2 del artículo 427°,

la demanda es declarada improcedente liminarmente cuando el Juez advierta la ausencia de interés para obrar. El CPCo cuenta con una disposición similar en el inciso 5 del artículo 5° que permite declarar liminarmente improcedente la demanda de amparo cuando a la presentación de la misma ha cesado la vulneración o amenaza o la esta es irreparable. Hemos visto también que en el proceso civil el Juez tiene la facultad de rechazar la pretensión por la ausencia de este presupuesto procesal en cualquier momento, incluso al expedir la sentencia, la que será inhibitoria en tanto la decisión de mérito ha dejado de ser útil al demandante. Esto es así debido a que, por efecto de las circunstancias, el demandante no mantiene ya la necesidad de tutela jurisdiccional.

No obstante ser ese el principio general, atendiendo a la finalidad de protección de situaciones jurídicas fundamentales que subyace a los procesos constitucionales, el artículo 1° del CPCo contiene una excepción a la regla de verificación de la existencia de actual *interés para obrar* para proceder a la expedición de la sentencia de amparo. El segundo párrafo de dicho dispositivo señala que pese a haberse tornado el daño en irreparable luego de la presentada la demanda, durante el proceso, el Órgano Jurisdiccional debe entrar a conocer el fondo de la controversia y emitir sentencia, limitándose a ordenar al demandado que se abstenga de realizar actos sustancialmente homogéneos a aquel que motivó la interposición de la demanda, pues ya es imposible restituir al demandante en el goce y disfrute de la situación jurídica o del derecho constitucional vulnerado. No es viable ya retrotraer el estado de las cosas a la situación previa a la amenaza o la violación del derecho fundamental.

Así, como consecuencia de la irreparabilidad del daño se produce los siguientes importantísimos cambios en el proceso:

- i) Ya no se busca regresar las cosas al estado anterior (lo cual no es posible por haber devenido el daño en irreparable), lo que se busca es evitar que ese tipo de daño se repita. Ello significa que aquella tutela resarcitoria o reparadora del daño sufrido (en el caso del amparo ante la violación de un Derecho Fundamental), se transforma en una tutela preventiva e inhibitoria de futuros actos lesivos. La necesidad para entablar la demanda de amparo con el objeto de proteger Derechos Fundamentales vulnerados, se transforma en la necesidad de un mandato de represión de futuros actos lesivos homogéneos, de modo tal que el actor no se vea forzado a discurrir por el trámite de un nuevo proceso para obtener tutela jurisdiccional, si es que el demandado vuelve a incurrir en los actos que motivaron la interposición de la demanda de amparo. Debe notarse que el proceso de amparo no goza de esa

finalidad represiva de actos homogéneos desde la demanda, pues si así fuera la irreparabilidad del daño no sería una causal de improcedencia liminar, sino que a pesar de esa irreparabilidad se admitiría la demanda para que en el proceso se dicte la sentencia reprimiendo la realización de actos homogéneos.

- ii) Este cambio en el objeto del proceso genera también una alteración en el interés para obrar del demandante, pues el proceso ya no es la herramienta para la protección del Derecho Fundamental vulnerado mediante los actos realizados por el demandado, sino que lo es tan sólo para evitar que dicho demandado vuelva a realizar otros actos lesivos homogéneos.
- iii) Hay cambios también respecto de la legitimidad para obrar en el caso de los litisconsortes. Veamos como ejemplo una demanda de amparo interpuesta por "X" contra el órgano administrativo "Y". Esta demanda de amparo tiene como primera pretensión principal que se declare la inaplicación de la norma "1", emitida por el órgano "Y", que afecta Derechos Fundamentales de la demandante "X". Así mismo, como segunda pretensión principal se solicita se dejen sin efecto los actos administrativos basados en la norma "1". Pero resulta que estos actos administrativos han beneficiado a un tercero "Z". Como hemos visto, en aplicación del artículo 43° del CPCo "Z" es un litisconsorte necesario pasivo en esta relación procesal.

Mientras el daño es reparable, "Z" es un sujeto con legitimidad para obrar respecto de la segunda pretensión que pretende dejar sin efecto actos realizados en su favor, pues la decisión repercute directamente sobre él. En efecto, de ser declarado nulo alguno de dichos actos administrativos, se estaría afectando directamente la esfera jurídica de "Z". Conforme a lo dicho, "Z" se configuraría claramente como un litisconsorte necesario de "Y" respecto de la segunda pretensión autónoma.

Pero cuando durante el transcurso del proceso el daño se torne irreparable y, por tanto, no pueda emitirse una decisión para reponer las cosas al estado anterior a la vulneración, el Juez se ve limitado a declarar la inconstitucionalidad de la conducta lesiva de "Y" y se limitará a disponer el cese de los actos homogéneos²⁵.

De este modo "Z" -que inicialmente se configuraba como un litisconsorte necesario- pierda legitimidad para obrar en tanto la decisión jurisdiccional a ser emitida no influiría en su esfera jurídica, pues la misma estaría orientada exclusivamente a analizar la conducta lesiva realizada por el órgano administrativo, para evitar que esta se

25 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha definido el cese de los actos homogéneos como: "(...) un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho."

repita. Estaríamos ante lo hemos llamado falta de legitimidad por exceso.

5. A manera de conclusión

- i) La irreparabilidad de la agresión o amenaza de un Derecho Fundamental es causal de improcedencia de la demanda de amparo, si esta es anterior a la demanda.
- ii) Ello responde a una falta de interés para obrar en el resultado del proceso para el demandante.
- iii) Si la irreparabilidad de la agresión es posterior a la interposición de la demanda, ello no trae como consecuencia la declaración de improcedencia de la misma. El proceso continúa, pero la sentencia que

declare fundada la demanda se limitará a ordenar al demandado que realice actos homogéneos.

- iv) La conclusión anterior genera cambios en la naturaleza de la tutela jurisdiccional, en el interés para obrar del demandante y en algunos casos en la legitimidad para obrar de los litisconsortes.
- v) El proceso de amparo no otorga protección para la represión de actos homogéneos desde la demanda, que es el acto que da origen al proceso, sino desde esta es admitida.
- vi) Ha sido un inmenso placer poder participar en el justo y merecido homenaje a mi amigo Juan Luis Avendaño Valdez 📖

ESCUELA DE
POSGRADO
Maestría en
Derecho Procesal



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

PRÓXIMA CONVOCATORIA 2013

<http://posgrado.pucp.edu.pe/maestrias/derecho/procesal/>