

Christian **Donayre** Montesinos<sup>(\*)</sup>

# Optimización de la **protección de los Derechos Fundamentales** y «**Amparo contra Amparo**»: una aproximación a las pautas establecidas para la procedencia del «**Amparo contra Amparo**» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

## **1. Sobre la necesidad de analizar las implicancias y repercusiones de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el caso «Dirección Regional de Pesquería de La Libertad»**

Si bien actualmente en el Perú la posibilidad de plantear un amparo contra resoluciones judiciales no admite discusión alguna<sup>(1)</sup>, toda vez que la jurisprudencia primero y el Código Procesal Constitucional luego<sup>(2)</sup> así lo permiten, uno de los temas que aun viene generando polémica y que se encuentra de algún modo vinculado con el que hemos acabado de hacer referencia, es el del cuestionamiento de lo resuelto en un amparo a través de otro proceso de amparo. Este cuestionamiento se sustenta en la vulneración del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva en el trámite del, por llamarlo de alguna manera, primer proceso de amparo.

(\*) Profesor titular de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura.

(1) Sin duda entre los trabajos que podemos mencionar que han contribuido a dilucidar este tema en nuestro país se encuentran ABAD YUPANQUI, Samuel. *¿Procede el Amparo contra resoluciones judiciales?* En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988. pp. 35 y siguientes; BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*. Lima: Fe de Erratas, 2000. pp. 85 y siguientes; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El Amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas*. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990. pp. 63 y siguientes, texto que encontramos reproducido en su libro *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Témis, 2001. pp. 157 y siguientes; SORIA LUJÁN, Daniel. *La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y el Amparo contra resoluciones judiciales: ¿Vías paralelas?* En: *Derecho y Sociedad*. Lima, 1996. pp. 75 y siguientes; por citar tan solo algunos de los que convendría revisar sobre el particular.

(2) Como veremos en este mismo trabajo, la Ley 28237, más conocida como Código Procesal Constitucional, se encarga de regular en el artículo 4 tanto el amparo como el *Hábeas Corpus* contra resoluciones judiciales que resulten manifiestamente arbitrarias, toda vez que vulneren el derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva, o, que es lo mismo, la «tutela procesal efectiva», según los términos del Código.

Este fenómeno, conocido hoy en día como «Amparo contra Amparo»<sup>(3)</sup>, fue aceptado tan solo a nivel jurisprudencial, siendo el caso «Sindicato Pesquero del Perú» (Expediente 612-98-AA/TC), con sentencia del Tribunal Constitucional peruano de fecha 9 de abril de 1999 y publicada el 14 de setiembre del mismo año, el primero en el que se admitió esta figura.

En aquella oportunidad el supremo intérprete de nuestra Constitución se encargó además de precisar los requisitos que debieran cumplirse para que proceda el «Amparo contra Amparo». A pesar de tratarse de una cita extensa, por su importancia para el tema que pretendemos abordar aquí, nos permitimos reproducir textualmente dichos requisitos:

«(...) por la relevancia de la cosa juzgada en el proceso de amparo, es menester explicitar las pautas bajo las cuales este supremo intérprete de la Constitución entiende admitir su procedencia:

a) Puede ser admitida solo de manera muy excepcional, en especial, en atención a las circunstancias de indefensión que generaría su rechazo.

b) La pauta fundamental es que solo procede cuando se trata de sentencias de procesos de amparo que no han llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional a través del recurso extraordinario. Esto es así debido a que resultaría contradictorio, desde el punto de vista lógico, admitir que el propio Tribunal enerve la cosa juzgada que reviste a sus sentencias. Por esto, si bien la presunción de legitimidad constitucional de las sentencias de los procesos de tutela de derechos es *iuris tantum* respecto a las sentencias provenientes del Poder Judicial, ella adquiere el carácter de

presunción absoluta, cuando se trata de una sentencia del Tribunal Constitucional, debido a la naturaleza de supremo custodio de los Derechos Fundamentales que la doctrina le reconoce y porque, en fin, nuestro propio ordenamiento jurídico ha conferido a él, y no a otro, el 'control de la constitucionalidad' (artículo 201 de la Constitución Política del Estado y artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

c) El ámbito de examen se halla circunscrito únicamente a actos lesivos al derecho al debido proceso o a alguno de sus atributos, evaluándose en cada caso si ello afecta o no su contenido esencial. Por tanto, no entra a merituar, en absoluto, el fondo de lo resuelto.

d) En consonancia con lo anterior, de verificarse la irregularidad del proceso de amparo, se puede disponer, únicamente, que él sea retrotraído al estado anterior en que se produjo la irregularidad».

Estos requerimientos fueron luego completados y precisados por el mismo Tribunal Constitucional. Así, en el caso «Ministerio de Pesquería» (Expediente 200-2002-AA/TC)<sup>(4)</sup> sostuvo que los criterios a considerar a efectos de que proceda una demanda de amparo contra lo resuelto en otro amparo serían los siguientes:

«(...)

(3) Acerca de este tema en particular ya desde hace un tiempo se han venido publicando interesantes trabajos y monografías, entre ellos podemos mencionar: EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. Lima: Ara, 2002. pp. 207 y siguientes; SÁENZ DÁVALOS, Luis. *Amparo vs. Amparo (Reflexiones sobre la viabilidad o no en la prosecución del Amparo como mecanismo de protección constitucional dirigido a enervar lo resuelto en otro proceso constitucional)*. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año IV. Trujillo: Normas Legales, junio 2002. pp. 7 y siguientes, texto que luego encontramos reproducido en CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. 2da. edición. Tomo II. Lima: Jurista, julio 2004. pp. 757 y siguientes; CARPIO MARCOS, Edgar. *Amparo contra resoluciones judiciales: la problemática del Amparo contra Amparo*. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Trujillo: Normas Legales, octubre 2002. pp. 1 y siguientes y; CARPIO MARCOS, Edgar y Luis SÁENZ DÁVALOS. *El Amparo contra el Amparo (dos versiones sobre un mismo tema)*. Lima: Asociación Civil «No hay Derecho», Ediciones Legales y San Marcos, noviembre 2004.

(4) Sentencia de fecha 15 de octubre de 2002 y publicada el 7 de marzo de 2003.

## Christian Donayre Montesinos

a) Solo podrá operar en aquellos supuestos en que la violación al debido proceso resulte manifiestamente evidente. En este caso la carga de la prueba se convierte en una necesaria obligación del actor, ya que debe demostrar fehacientemente la inconstitucionalidad que afirma;

b) solo ha de proceder cuando dentro de la acción de amparo que se cuestiona, se han agotado la totalidad de los recursos que le franquea la ley al justiciable, necesarios como para que la violación a algún derecho constitucional pueda ser evitada, y no obstante ello, el juzgador constitucional ha hecho caso omiso de los mismos, lo que se condice con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 25398, complementaria de la Ley de *Hábeas Corpus* y Amparo;

c) solo debe centrarse en aspectos estrictamente formales del debido proceso, excluyendo toda posibilidad de análisis sobre el fondo controvertido en el proceso constitucional cuestionado;

d) solo ha de proceder contra sentencias constitucionales definitivas, siempre que aquellas no tengan carácter favorable a la parte actora, ya que de lo contrario se contravendría el principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada; y,

e) solo ha de proceder cuando se trate de resoluciones emitidas en procesos constitucionales provenientes del Poder Judicial y no del Tribunal Constitucional, toda vez que este es el intérprete supremo de la Constitución y se pronuncia sobre los procesos constitucionales de defensa de derechos amenazados o vulnerados, por lo que deviene en imposible que sus resoluciones sean inconstitucionales».

Ahora bien, no obstante que, como hemos tenido oportunidad de advertir, antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional existían varios casos en los que nuestro supremo intérprete de la Constitución aceptó la posibilidad de cuestionar lo resuelto en un proceso de amparo por medio de otro proceso de amparo<sup>(5)</sup>; el inciso 6 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional buscó evitar que esta posibilidad permanezca.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en la mencionada disposición de la Ley 28237, una demanda de amparo sería declarada improcedente si lo que se pretende con ella es cuestionar lo resuelto en otro proceso constitucional.

Aun cuando el mencionado inciso 6 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional parecía muy claro en proscribir el denominado «Amparo contra Amparo», el Tribunal Constitucional peruano en el caso «Municipalidad Provincial de San Pablo» (Expediente 3846-2004-PA/TC) dejó abierta la posibilidad de que esta figura perviva en nuestro ordenamiento jurídico.

Y es que con fecha 18 de febrero de 2005, el supremo intérprete de nuestra Constitución emitió una sentencia de indudable importancia. Dicha sentencia, publicada el 22 de setiembre del mismo año, volvió a poner sobre el tapete no solo un tema de por sí apasionante como es el del margen de acción del juez constitucional, sino sobre todo el de la vigencia del «Amparo contra Amparo» frente a una previsión que, como vimos, recoge el Código Procesal Constitucional y con la cual se pretendía dejar el «Amparo contra Amparo» en el olvido.

No obstante, y sin perjuicio de la importancia de la sentencia dictada en el caso «Municipalidad Provincial de San Pablo», cuyas implicancias también veremos en este trabajo, el Tribunal Constitucional, el 19 de abril de 2007, emitió un pronunciamiento también de suma relevancia en materia de «Amparo contra Amparo». Así, en el caso «Dirección Regional de Pesquería de La Libertad» (Expediente 4853-2004-PA/TC), el supremo intérprete de nuestra Constitución

(5) Así, por ejemplo, en el mismo tenor pueden revisarse las sentencias del Tribunal Constitucional peruano recaídas en casos como el «Municipalidad Provincial de Yungay» (Expediente 0127-2002-AA/TC) y «Municipalidad Provincial de Yungay» (Expediente 0564-2002-AA/TC), entre otros.

no solo insistirá en la procedencia del «Amparo contra Amparo», muy a despecho de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, sino que inclusive establecerá nuevas reglas inspiradas en el alcance excepcional<sup>(6)</sup>, pero a la vez tuitivo, del «Amparo contra Amparo».

El objetivo entonces del presente trabajo es aproximar al lector a la figura del «Amparo contra Amparo» y, consecuentemente, al escenario previsto hoy en día para su procedencia luego del pronunciamiento del Tribunal Constitucional al cual hemos hecho referencia. Para tal efecto, en primer lugar, abordaremos muy brevemente el tema del amparo contra resoluciones judiciales, toda vez que al final de cuentas el «Amparo contra Amparo» no es más que un supuesto que se ubica al interior del amparo contra resoluciones judiciales, por lo menos así lo ha entendido el Tribunal Constitucional y será justamente lo que lo llevará a sostener que el «Amparo contra Amparo» goza de sustento constitucional directo.

En segundo término, y estrechamente vinculado con lo anterior, está la necesidad de precisar en qué supuestos se admite el amparo contra resoluciones judiciales, para lo cual nos ocuparemos de los alcances del concepto de «proceso o procedimiento irregular», tanto desde la perspectiva jurisprudencial como desde la regulación contemplada al respecto en el Código Procesal Constitucional. En tercer lugar, veremos con mayor detalle cómo o bajo qué argumentación

el Tribunal Constitucional, muy a despecho de lo dispuesto en la Ley 28237 sobre el particular, insistirá en la procedencia del «Amparo contra Amparo», para estos fines resultará de necesaria referencia la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso «Municipalidad Provincial de San Pablo».

Finalmente, y no por ello menos importante, desarrollaremos las pautas que el Tribunal Constitucional ha establecido para efectos del «Amparo contra Amparo» en su pronunciamiento en el caso «Dirección Regional de Pesquería de La Libertad», para así culminar con algunas anotaciones a modo de conclusión.

## 2. Una breve pero indispensable referencia al tema del amparo contra resoluciones judiciales

Una lectura literal de la parte final del inciso 2 del artículo 200 de la Constitución peruana vigente<sup>(7)</sup> parecía, en un primer momento, descartar cualquier intento de cuestionar una

(6) En el fundamento jurídico número siete de la sentencia que motiva el presente trabajo, el Tribunal Constitucional entra a justificar el carácter excepcional del «Amparo contra Amparo» y, por lo tanto, que solo pueda ser planteado una sola vez, en las siguientes razones:

a) El principio de seguridad jurídica, pues es fundamental para el goce y disfrute de los derechos y libertades en el Estado democrático. Y es que, de lo contrario, es decir, si se permitiesen constantes «Amparos contra Amparos», podría generarse una situación de inestabilidad e inseguridad en los justiciables.

b) El principio de inmutabilidad de las decisiones judiciales, máxime si en los procesos constitucionales se trata de restablecer situaciones producidas a consecuencia de violaciones a los derechos constitucionales.

c) El principio de oportunidad y eficacia de la protección de los derechos, pues, estos así como los principios de sumariedad o urgencia, se verían puestos en entredicho si se admitiesen sucesivos «Amparos contra Amparos», ya que no se lograrían proteger oportuna y eficazmente los derechos fundamentales involucrados.

d) Finalmente, por que si a pesar del primer «Amparo contra Amparo» permanece la situación reputada como lesiva de los derechos fundamentales, siempre quedará expedita la posibilidad de acudir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

(7) La disposición constitucional a la cual hacemos referencia es la siguiente:

Artículo 200. Son garantías constitucionales: (...)

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. (...).

## Christian Donayre Montesinos

resolución judicial a través del amparo<sup>(8)</sup>. Es más, una interpretación similar de lo dispuesto en el artículo 10 de la

Ley 25398, que complementaba las disposiciones relativas a la Ley 23506 de

(8) Lo mismo parecía desprenderse respecto de la posibilidad de plantear una demanda de amparo contra alguna ley. Afortunadamente, en ambos casos la jurisprudencia constitucional ha dejado de lado dicha lectura literal y ha admitido el cuestionamiento de resoluciones judiciales por medio del amparo, así como la figura conocida por todos nosotros como «Amparo contra leyes».

No abundaremos en esta nota sobre el primer supuesto, pues a ese tema está dedicado justamente este segundo apartado del presente trabajo, pero sí aprovecharemos la ocasión para precisar aquí algunos elementos vinculados con el segundo.

Y es que en este último supuesto, como bien reconoció el Tribunal Constitucional peruano en múltiples casos, una interpretación rígida del referido inciso dos del artículo doscientos de la Constitución vigente conducía a dejar en situación de indefensión a aquellas personas que veían lesionados sus derechos fundamentales con la sola puesta en vigencia de una ley.

Para comprender en qué supuestos procede el amparo contra leyes, es menester distinguir entre leyes conocidas como autoaplicativas y aquellas otras denominadas heteroaplicativas. Las primeras se caracterizan por no requerir de acto de por medio para generar plenos efectos y, por lo tanto, pueden eventualmente vulnerar derechos fundamentales con su sola puesta en vigencia. Las segundas, por su parte, sí necesitan de un acto posterior a su entrada en vigor para que recién allí pueda decirse que la ley está generando efectos. En estos casos, como bien podrá deducir el lector, no es la ley en sí misma la que lesiona el (o los) derecho(s) fundamental(es), sino el acto posterior que la aplica.

El supuesto entonces en el que procede el amparo contra leyes es cuando estamos ante normas autoaplicativas, y así lo ha reconocido el supremo intérprete de nuestra Constitución. Uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano en ese sentido lo encontramos en el caso «Elva Bertila Martínez Miraval» (Expediente 1152-97-AA/TC). Luego le sucederían casos como el «Demetrio Chávez Peñaherrera» (Expediente 1136-1997-AA/TC), el «Aurelio Julio Pun Amat» (Expediente 1100-2000-AA/TC), el «Rita Adriana Meza Walde» (Expediente 830-2000-AA/TC) o el «Sindicato Unitario de Trabajadores del Concejo Distrital de La Victoria» (Expediente 504-2000-AA/TC), por citar tan solo algunos ejemplos.

Asimismo, la bibliografía tanto nacional como extranjera existente sobre el particular es por demás interesante, pues es un tema que aun en algunos países es materia de debate. Así, puede revisarse, entre otros, ABAD YUPANQUI, Samuel. *El Amparo contra leyes*. En: *Lecturas Constitucionales Andinas*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994. pp. 144 y siguientes; ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de Amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. pp. 341 y siguientes; BIDART CAMPOS, Germán. *Régimen legal y jurisprudencial del Amparo*. Buenos Aires: Ediar, 1969; BORRAJO INIESTA, Ignacio. *Amparo contra leyes*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto 1982. pp. 167 y siguientes; BURGOA, Ignacio. *El juicio de Amparo*. 33era. edición. México: Porrúa, 1997. pp. 228 y siguientes; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data*. Lima: Ara, 2004; COELLO CETINA, Rafael. *El Amparo contra leyes tributarias autoaplicativas*. En: *Breviarios Jurídicos*. México: Porrúa, 2003; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *La acción de Amparo contra normas en el ordenamiento jurídico peruano*. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1991. pp. 70 y siguientes; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Reflexiones sobre la pertinencia y viabilidad del Amparo constitucional contra leyes en España*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVIII. Trujillo: Normas Legales, octubre-diciembre 1998. pp. 104 y siguientes; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Algunas consideraciones sobre el Amparo contra leyes a propósito de su tratamiento en la propuesta de reforma constitucional hoy en trámite*. En: *Foro Jurídico*. Lima, diciembre de 2002. pp. 43 y siguientes, recogido además en su libro *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Lima: Ara, setiembre 2003. pp. 229 y siguientes; IBAÑEZ FROCHAM, Manuel. *Tratado de los recursos en el proceso civil*. 3era. edición. Buenos Aires: Ameba, 1963. pp. 56 y siguientes; LAZZARINI, José Luis. *El juicio de Amparo*. 2da edición. Buenos Aires: La Ley, 1998. pp. 241 y siguientes; NEYRA ZEGARRA, Ana. *Algunos alcances sobre la procedencia del Amparo contra leyes*. En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coordinador). *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista, setiembre 2005. pp. 193 y siguientes; ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Derechos y garantías constitucionales*. Trujillo: Marsol Perú, 1985. pp. 375 y siguientes; RÍOS CASTILLO, Javier. *Amparo contra leyes*. En: *Derecho y Sociedad*. Lima, 1995, pp. 114 y siguientes; RIVAS, Adolfo. *El Amparo*. 2da. edición. Buenos Aires:



*Hábeas Corpus* y Amparo, por parte de algunos jueces, contribuyó a ese entendimiento<sup>(9)</sup>. Sin embargo, con posterioridad, afortunadamente se comprendió que asumir dicha regla a rajatabla, sin ningún tipo de excepción, conducía a dejar en situación de indefensión a aquellos justiciables que veían conculcado su derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva en el trámite de un proceso judicial.

Y es que, como bien se podrá comprender, en el transcurso de un proceso judicial, por más garantías que se pregonen respecto de él<sup>(10)</sup>, es posible que una persona vea vulnerado su derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva y es menester entonces asegurarle un mecanismo procesal a través del cual pueda exigir la

La Roca, 1990; RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. pp. 70 y siguientes; SAGÜÉS, Néstor Pedro. *El Amparo contra leyes*. En: *Derecho y Sociedad*. Lima, 1990. pp. 6 y siguientes, tema que aborda también en su libro *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Tomo III. Buenos Aires: Astrea, 1988.

(9) En efecto, a tenor del artículo 10 de la Ley 25398:

«Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular al que se refiere el inciso 2 del artículo 6 de la Ley, deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen.

No podrá bajo ningún motivo detenerse mediante una acción de garantía, la ejecución de una sentencia contra la parte vencida en un proceso regular».

Ahora bien, algunos jueces entendieron que dicha disposición obligaba a que cualquier «anomalía» sea ventilada y resuelta siempre en el proceso en el cual aquella se presentaba, a través de los medios impugnatorios que se tiene a disposición. En otras palabras, no era posible que se cuestione alguna resolución judicial por el amparo, pues se entiende que si no se está conforme con ella, debiera impugnarse por medio de los recursos correspondientes al interior del mismo proceso en el cual se dictó.

Sin embargo, lo cierto es que esa no era la única lectura que podía efectuarse de dicho artículo 10 de la Ley 25398. Y es que una interpretación más acorde, creemos nosotros, con la lógica tuitiva de los derechos fundamentales que debe inspirar el accionar del Estado en general y el proceso constitucional de amparo en particular, era comprender, como lo hizo el Tribunal Constitucional en su momento, que lo que se pretendía con aquel precepto era que aquellos vicios susceptibles de ser subsanados en el proceso en el cual se presentaban sean justamente corregidos en él, y solo si estamos ante un vicio que trasciende al proceso en el cual se manifiesta, tornándolo en irregular, como quiera que se están vulnerando derechos constitucionales como es el caso del debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva, pues en ese supuesto se podría acudir al amparo.

Resulta lógico asumir que si se presenta una «anomalía» en un proceso y uno puede obtener la corrección de dicho vicio por medio de los recursos correspondientes no tiene por qué acudir al amparo.

Lo recientemente afirmado va a conducir a que algunos autores distingan entre «anomalías» e «irregularidades», entendiendo por las primeras aquellos vicios que no convertían en irregular a un proceso, mientras que por las segundas a aquellos que, por el contrario, sí lo hacían.

De dicha diferenciación se deduciría, según se afirma, que al haberse dispuesto que las denominadas anomalías deban ventilarse y resolverse en el proceso regular mismo, las irregularidades no tendría por qué ser «ventiladas y resueltas» en el proceso cuya irregularidad justamente se invoca. Por consiguiente, serán las llamadas «irregularidades» las que habiliten al perjudicado a que, sin intentar previamente una solución a través de los recursos que le ofrece el proceso mismo, pueda acudir a los procesos constitucionales que se tiene a disposición para tal efecto. En este sentido véase CASTILLO CORDOVA, Luis. *Oportunidad en la interposición de las acciones contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento irregular*. En: *Revista de Derecho*. Volumen IV. Lima: Universidad de Piura, 2003. pp. 72 y 73.

(10) Y es que no les falta razón a quienes consideran que es el escenario jurisdiccional el que resulta por definición más garantista, ya que va a ser en dicha sede en donde los justiciables se encuentran, al menos eso es lo que se busca, en plena igualdad de armas, ante un tercero imparcial e independiente, que pretenderá resolver el conflicto de intereses o situación de incertidumbre con relevancia jurídica que le presenten con carácter de cosa juzgada, generado así, además, un clima de paz social en justicia. Aquí hemos hecho nuestra, en líneas generales, la definición de jurisdicción esbozada por MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Témis, 1995. pp. 231 y siguientes.

## Christian Donayre Montesinos

tutela de aquellos Derechos Fundamentales. En ese orden de ideas, será la jurisprudencia constitucional la que, ante la situación sucintamente descrita líneas atrás, abra la puerta a la posibilidad de cuestionar resoluciones judiciales por medio del amparo<sup>(11)</sup>.

Así, en diversas sentencias el Tribunal Constitucional peruano sostendría que el inciso 2 del artículo 200 de la Constitución en vigor, en la medida en que establece que el Amparo «procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución...» y no hace distinción alguno entre si estamos o no ante una autoridad judicial, debiera entenderse que sí procede el amparo contra una resolución judicial<sup>(12)</sup>, claro está, siempre que, y a esto apunta el segundo elemento a precisar en la interpretación efectuada, se trate de un procedimiento o proceso irregular.

En efecto, un proceso o procedimiento será irregular cuando en su curso se haya vulnerado el derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva, derechos cuyos alcances, como veremos luego, se han pretendido, con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, sumar bajo la fórmula hoy conocida como «tutela procesal efectiva».

Por consiguiente, si bien el inciso 2 del artículo 200 de la Carta Magna señala que no cabe una demanda de amparo

contra una resolución judicial emanada de un proceso o procedimiento regular, *contrario sensu*, esto es, si el proceso o procedimiento es irregular, sí es posible iniciar un proceso de amparo para cuestionar aquella resolución judicial que lo vició. Es más, como indicamos y comprobaremos en otro apartado de este trabajo, esta última interpretación es la que lleva al Tribunal Constitucional peruano a sostener que el «Amparo contra Amparo» goza de sustento constitucional directo.

Lo señalado hasta aquí, que, como vimos, fue aceptado paulatinamente por la jurisprudencia constitucional, va a encontrar hoy en día un reconocimiento expreso en la Ley 28237. Así es, en su artículo 4 el Código Procesal Constitucional señalará lo siguiente:

«El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo»<sup>(13)</sup>.

(11) Sobre el particular convendría revisar SÁENZ DÁVALOS, Luis. *La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. Lima: Tribunal Constitucional, 1999. pp. 483 y siguientes.

(12) Similar argumentación es la que utilizaría en los casos en donde se planteaba una demanda de *Hábeas Corpus* contra una resolución judicial. Así, por ejemplo, en el caso «César Humberto Tineo Cabrera» (Expediente 1230-2002-HC/TC) nuestro supremo intérprete de la Constitución sostendría que: «(...) cuando el inciso 1 del artículo 200 de la Constitución señala que el *Hábeas Corpus* 'procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona', la Constitución no excluye del concepto de 'autoridad' la figura de los jueces como sujetos susceptibles de vulnerar derechos constitucionales y, con ello, prohíbe que se pueda interponer el proceso de *Hábeas Corpus* contra los diversos actos que pudieran expedir los jueces, cualquiera sea su clase.

Al contrario, es lo suficientemente omnicompreensivo de que cualquier norma con rango de ley que pretenda excluir del control constitucional los actos y resoluciones judiciales, no podría sino considerarse incompatible con la Constitución».

(13) Asimismo, siguiendo también lo ya establecido a nivel jurisprudencial, la Ley 28237 va a admitir la procedencia incluso del *Hábeas Corpus* contra resoluciones judiciales. En efecto, incluso antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional peruano va a tener oportunidad de pronunciarse respecto de varios *Hábeas Corpus* contra resoluciones judiciales. Entre ellos tenemos, por ejemplo, los casos «Diego Sagástegui Guarniz» (Expediente 179-2000-HC/TC), «Julio Maza Alvarado» (Expediente 613-2000-HC/TC) y «José Antonio Sandoval Peláez» (Expediente

Ahora bien, como se habrá podido percibir, el Código Procesal Constitucional no hace referencia precisamente al derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva como aquellos derechos cuya vulneración abre la puerta a la interposición de demandas de amparo o *Hábeas Corpus* contra resoluciones judiciales, sino más bien alude al concepto de «tutela procesal efectiva». En aras de brindarle al lector de este breve artículo un marco completo, dentro de la generalidad que se pretende en este caso por cuestiones de tiempo y espacio, dedicaremos algunas líneas con el objeto de precisar los alcances de lo que supone la llamada «tutela procesal efectiva».

### 3. Una aproximación a la denominada «tutela procesal efectiva» y sus alcances frente a derechos como al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva

De lo antes expuesto se puede inferir que hoy en día no admite discusión alguna que es posible iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial, cuando lo que está de por

medio es la vulneración de la tutela procesal efectiva (o derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva según la jurisprudencia anterior al Código Procesal Constitucional).

El concepto «tutela procesal efectiva» fue utilizado por el supremo intérprete de nuestra Constitución antes de la entrada en vigencia de la Ley 28237 en el caso «Taj Mahal Discoteque y otra» (Expediente 3283-2003-AA/TC)<sup>(14)</sup>. De acuerdo con lo expuesto en aquel pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano:

«La irregularidad se presenta cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva, y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso. En ese

662-2000-HC/TC). No obstante, tal vez el más sonado viene a ser el caso «Luis Guillermo Bedoya de Vivanco» (Expediente 139-2002-HC/TC).

Hoy la Ley 28237 señala expresamente que: «El *Hábeas Corpus* procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva».

Y es que si bien por los alcances del derecho al debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva correspondería exigir su tutela por medio del amparo, en la medida en que la consecuencia de la violación de aquel derecho fundamental en un proceso en el cual lo que está en juego es la libertad personal de un justiciable, va recaer directamente en esta, pues entonces en estos casos sí cabría plantear una demanda de *Hábeas Corpus*. Esto último suele ocurrir sobre todo en un proceso penal.

Es más, en múltiples ocasiones el imputado en el transcurso mismo de dicho proceso ya ve afectado su derecho a la libertad personal, pues puede estar cumpliendo un mandato de detención, un arresto domiciliario, entre otras medidas que buscan asegurar su presencia para los fines del proceso en trámite, por lo que, a nuestro juicio, se encuentra más que justificada la procedencia del *Hábeas Corpus* contra resoluciones judiciales, aun cuando es importante precisar que para estos efectos es necesaria la conexidad entre la violación del debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva y la libertad personal, pues, de lo contrario, correspondería acudir al amparo. En ese orden de ideas, por ejemplo, no toda violación a esos derechos que tenga lugar en el curso de un proceso penal habilitaría a la interposición de un *Hábeas Corpus* contra resoluciones judiciales.

Puede revisarse al respecto ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Hábeas corpus contra resoluciones judiciales: entre la evolución del concepto «proceso regular» y la determinación del ámbito de acción del juez constitucional*. En: *Dos ensayos sobre nueva jurisprudencia constitucional: los tratados de derechos humanos y el hábeas corpus contra resoluciones judiciales*. Lima: Justicia Viva, junio de 2003. pp. 41 y siguientes; DONAYRE MONTESINOS, Christian. *El Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional. Una aproximación con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Jurista, febrero 2005. pp. 157 y siguientes; entre otros.

(14) Sentencia de fecha 15 de junio de 2004 y publicada el 16 del mismo mes y año.



## Christian Donayre Montesinos

sentido, la irregularidad procedimental consistiría en impedir o restringir a una de las partes intervinientes en un proceso el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia, consagradas en el artículo 139 de la Constitución, así como de los demás derechos referidos al debido proceso y la tutela judicial efectiva derivados de los convenios internacionales de los cuales el Estado peruano es suscriptor».

Para comprender los reales alcances de lo que hoy se conoce como derecho a la «tutela procesal efectiva», qué mejor que acudir a aquellas personas que lo acuñaron en el Código Procesal Constitucional. Según entonces los promotores de la Ley 28237, este concepto de «tutela procesal efectiva» busca congrega dos derechos cuyos alcances, por cierto, aun son materia de debate. Nos referimos al derecho al debido proceso y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>(15)</sup>.

Es más, el propio Tribunal Constitucional peruano en su sentencia recaída en el caso «Municipalidad Provincial de San Pablo» ha reconocido que lo que el Código denomina «tutela procesal efectiva», no es otra cosa que la suma de los alcances del derecho al debido proceso y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Según lo manifestado por el mencionado Alto Tribunal en su sentencia de fecha 18 de febrero de 2005 (Expediente 3846-2004-PA/TC):

«Así, conforme lo precisa ahora con mayor claridad el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, una decisión judicial solo podrá ser cuestionada a través de un proceso de amparo, cuando la violación a la tutela judicial o al debido proceso que se denuncia sea manifiesta, estableciéndose en el mismo artículo, los elementos básicos de lo que debe entenderse por tutela procesal efectiva».

Aun cuando todavía genera alguna controversia o polémica a nivel doctrinario determinar qué se entiende por derecho al debido proceso y por tutela jurisdiccional efectiva, debemos seguir lo dicho por el Tribunal Constitucional peruano, máximo intérprete de nuestra Constitución, sobre el particular<sup>(16)</sup>.

Para el mencionado Alto Tribunal el derecho al debido proceso comprende dos dimensiones de protección, una conocida como debido proceso sustantivo, y otra, denominada debido proceso procesal. Con el derecho al debido proceso en su dimensión sustantiva lo que se busca es la interdicción de la arbitrariedad<sup>(17)</sup>. En otros

(15) «De esta manera, el Código sustituye la expresión 'procedimiento regular', prevista por el artículo 6 inciso 2 de la Ley 23506, Ley de *Hábeas Corpus* y Amparo, por la de 'tutela procesal efectiva', que comprende a los dos derechos reconocidos por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución». En: AUTORES VARIOS. *Código Procesal Constitucional*. Lima: Palestra, 2004, p. 44.

(16) Entre las sentencias por medio de las cuales el supremo intérprete de nuestra Constitución ha ido delimitando lo que en su opinión comprendería el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso, encontramos las recaídas en el caso «César Humberto Tineo Cabrera» (Expediente 1230-2002-HC/TC) y en el caso «Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos» (Expediente 010-2002-AI/TC), por citar tan solo algunos ejemplos.

A mayor abundamiento sobre el particular, recomendamos revisar: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas*. En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coordinador). *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista, setiembre 2005. pp. 97-99.

(17) El tema de la arbitrariedad y la necesidad de su control ha sido estudiado con mayor frecuencia cuando nos encontramos ante actuaciones de la Administración Pública, pues téngase presente que ella si bien ostenta potestades discrecionales, en muchas ocasiones, estas son ejercidas de tal forma que se configuran en verdaderos actos arbitrarios. Al respecto se han esbozado entonces una serie de pautas que apuntan justamente a controlar los actos derivados de la potestad discrecional de la Administración Pública, y que pueden de alguna manera servir como referente para el control de cualquier acto reputado como discrecional, pero que puede devenir eventualmente en arbitrario.

Sobre el particular resulta por demás recomendable revisar GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983. pp. 25-49; así como *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*. Lima: Palestra, 2004. pp. 33-60, del mismo autor.

## Optimización de la protección de los Derechos Fundamentales y «Amparo contra Amparo»

términos, supone que toda persona que cuenta con una cuota de poder haga un ejercicio razonable de él, toda vez que puede afectar Derechos Fundamentales<sup>(18)</sup>.

La razonabilidad, como pauta para determinar la vulneración o no de la dimensión sustantiva del debido proceso, implica fundamentalmente la realización de dos exámenes. El primero es conocido como juicio de causalidad y el segundo es más bien denominado juicio de proporcionalidad<sup>(19)</sup>. Veamos con más detalle qué involucra cada uno de ellos.

El juicio de causalidad supone el examen destinado a determinar si el ejercicio de la cuota de poder busca o no un fin lícito o, al menos, no prohibido por el ordenamiento jurídico. Por su parte, el juicio de proporcionalidad alude a la evaluación de las medidas adoptadas como consecuencia del ejercicio del poder en base a tres parámetros, esto es, la utilidad, necesidad y equilibrio o proporcionalidad apropiadamente dicha de la decisión asumida en ejercicio de aquella cuota de poder destinada a obtener aquel fin lícito o no prohibido por el ordenamiento jurídico y sus implicancias en el (o los) derecho(s) fundamental(es).

La referencia a la utilidad implica el entrar a precisar si la medida adoptada va a servir para la obtención de aquel fin lícito o no prohibido por el ordenamiento jurídico que se busca, mientras que la necesidad supone el entrar a preguntarse si

dicha(s) medida(s) es (o son) la(s) última(s) y única(s) que permitiría(n) lograr aquel fin de forma eficiente y eficaz, en buena cuenta si es indispensable afectar el derecho o habría otra manera de obtener el fin sin tocar los derechos involucrados. Por último, con el equilibrio se pretende establecer una relación entre el fin perseguido y las medidas adoptadas, y es que entre ambos debe haber, pues, proporción. En tal sentido, el fin no puede servir de excusa para dejar de lado los Derechos Fundamentales.

En síntesis, la razonabilidad ayuda a evaluar si realmente los medios empleados constituirían la única fórmula posible para obtener el fin lícito propuesto y la que genera el menor impacto en el derecho fundamental que se ha afectado como consecuencia de su puesta en práctica<sup>(20)</sup>.

Lo dicho hasta aquí puede permitirnos, esperamos al menos que así sea, tener una noción general de lo que comprende la dimensión sustantiva del derecho al debido proceso, sin embargo, como antes ya habíamos indicado, hoy también se hace

(18) Para mayor detalle acerca de lo que supone el debido proceso sustantivo puede verse LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*. 2da edición. Buenos Aires: Astrea, 1970, especialmente pp. 213 y siguientes; BIDART CAMPOS, Germán. *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*. 2da. edición. Buenos Aires: Ediar, 1984, sobre todo pp. 107 y siguientes; CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, abril 2004, ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *El debido proceso sustantivo: su desarrollo en el Derecho Comparado y su evolución en el Perú*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LIV. Trujillo: Normas Legales, marzo-abril 2004. pp. 57 y siguientes; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas*. En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coordinador). *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista, setiembre 2005. pp. 64 y siguientes; SÁENZ DÁVALOS, Luis. *El debido proceso sustantivo y su aplicación como referente de los procesos estrictamente judiciales a la luz de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional*. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año VI. Trujillo: Normas Legales, enero 2004. pp. 3 y siguientes; SÁENZ DÁVALOS, Luis. *Los procesos constitucionales como mecanismos de protección frente a resoluciones judiciales arbitrarias*. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Lima: Jurista, julio 2004. pp. 731 y siguientes, especialmente pp. 753-755; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara, mayo 2001. pp. 205-207; entre otros.

(19) Puede revisarse al respecto CIANCIARDO, Juan. *Op. Cit.*; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Loc. Cit.*; entre otros.

(20) Para el desarrollo de los juicios que supone la razonabilidad como parámetro a tener presente para determinar si se está o no vulnerando el debido proceso en su dimensión sustantiva, nos hemos servido fundamentalmente del texto de *Ibid.*

## Christian Donayre Montesinos

referencia a la dimensión procesal del derecho al debido proceso.

Por la dimensión procesal del derecho al debido proceso entiende el Tribunal Constitucional peruano aquel conjunto de derechos o garantías que inspiran el curso de un proceso o procedimiento y cuyo respeto será el que nos permita calificar luego si se ha llevado a cabo un proceso justo o, usando la

terminología norteamericana, un debido proceso<sup>(21)</sup>. Ese conjunto de derechos o garantías al cual nos venimos refiriendo comprende derechos tales como el derecho a ser oído por un juez independiente e imparcial, el derecho de defensa, el derecho a ser notificado de las acusaciones o procedimientos que se inicien en su contra, entre otros<sup>(22)</sup>.

- (21) Sobre la dimensión procesal del debido proceso pueden revisarse, en líneas generales, los textos a los cuales ya hicimos referencia en la nota dieciocho de este trabajo, por lo que es a ella a la que a mayor abundamiento nos remitimos.
- (22) Entre los derechos que comprendería el debido proceso procesal, y que traen consigo que ostente una naturaleza compleja, tenemos:
- a) Derecho de contradecir o a defendernos de una alegación (pretensión) exigida en contra de nuestros propios derechos;
  - b) derecho a un juzgador imparcial;
  - c) derecho a un juzgador predeterminado por la ley (el cual en rigor no es lo mismo que el juez natural, aunque habitualmente se les confunde);
  - d) obligación de respetar formalidades que preservan una buena notificación y audiencia para quienes son parte de la controversia. Estamos aquí ante los conceptos de *Notice* y *Hearing*, postulados centrales dentro de la jurisprudencia apuntalada durante años por la Suprema Corte Federal norteamericana;
  - e) derecho de ofrecer y/o actuar las pruebas que sean pertinentes para acreditar las diferentes posiciones o pretensiones de las partes;
  - f) derecho a poder obtener las medidas cautelares que permitan temporalmente proteger nuestras pretensiones o posturas;
  - g) derecho a recibir una resolución a nuestros requerimientos en un plazo razonable, o al menos, sin dilaciones indebidas;
  - h) obligación de motivar el fallo y las diferentes resoluciones que sean necesarias para absolver la controversia pendiente, salvo las de mero trámite;
  - i) existencia de una pluralidad de instancias que puedan pronunciarse sobre las diferentes posiciones (pretensiones) en juego, siempre que la situación concreta lo permita o el ordenamiento jurídico vigente lo prescriba, dependiendo del caso;
  - j) obligatoriedad y exigibilidad de la cosa juzgada o, dicho en otros términos, de la resolución final proporcionada a la controversia o incertidumbre que quiere solucionarse.

Aquí hemos hecho nuestra una lista elaborada en su momento por ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular*. En: *Cuadernos Jurisdiccionales*. Lima: No hay Derecho, 2000, reproducido luego en su compilación que lleva por título *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Lima: Ara, setiembre 2003, pp. 417 y 418, y que encontramos, además, en su texto *Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas*. En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coordinador). *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista, setiembre 2005, pp. 67 y 68.

Castillo Córdova, por su parte, entra a distinguir, dentro del artículo 139 de la Constitución, aquellas garantías que de ser desconocidas en un proceso podrían dar lugar a la interposición de una demanda de un proceso constitucional como consecuencia de que aquel deviene en irregular, de aquellas otras que más bien no conducirán a ese resultado. Así, dentro de las primeras señala la prohibición de procesos judiciales por comisión o delegación, el hecho de que ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones, ni dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución; la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional; el derecho al juez predeterminado por la ley; la publicidad de los procesos (salvo disposición contraria de la ley); la motivación escrita de las resoluciones judiciales (salvo los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan); la pluralidad de instancias; el principio de no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley; el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.



Ahora bien, para algunos, los alcances de la dimensión procesal del derecho al debido proceso podrían coincidir con los que corresponden más bien a los de la tutela jurisdiccional efectiva. De ahí que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es menester precisarlos para de esa forma

despejar cualquier duda al respecto. En lo que concierne entonces al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, independientemente de la diferencia en cuanto al origen que existe entre ambos<sup>(23)</sup>,

---

A la lista antes citada agrega el derecho a no ser penado sin proceso judicial, a la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales, a no ser condenado en ausencia, la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, el principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención; el principio de gratuidad de la impartición de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos, y para todos, en los casos que la ley señala; y la prohibición de ejercer función jurisdiccional por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. También estaría comprendido el supuesto en el que una autoridad judicial fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional.

Dentro de aquellas garantías recogidas en el mencionado artículo 139 de la Constitución cuyo desconocimiento no harían que el proceso en cuestión devenga en irregular se encontrarían: la indemnización por errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, la participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, la obligación del Gobierno de prestar su colaboración que en los procesos le sea requerida, el derecho de toda persona a formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias, con las limitaciones de ley; el derecho de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos adecuados y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Sin lugar a dudas la afectación de alguna de las garantías enunciadas en el párrafo precedente puede dar lugar a iniciar algún proceso constitucional, sin embargo, ello no se dará en el marco del cuestionamiento de una resolución judicial como consecuencia de la irregularidad del proceso en el cual se dictó. En este último caso se ubicarían más bien las garantías antes mencionadas.

Sobre el particular puede revisarse su trabajo *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Ara, octubre 2004. pp. 143-145.

- (23) Es bien sabido que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva encuentra su origen en la Europa Continental. En dicho contexto se entiende que este constituye fundamentalmente el derecho de todo justiciable a acceder a los tribunales para intentar ver atendida(s) su(s) pretensión(es), a lo cual se le suma el cumplimiento de un conjunto de elementos reputados como indispensables para el desarrollo adecuado de aquel proceso que hemos iniciado con tal fin. Esos elementos son los que conocemos como «garantías de un debido proceso», o proceso justo, en términos propiamente europeos.

El debido proceso, por su parte, tiene su génesis, según algunos, en el *Law of The Land* (Ley de la Tierra) de la Carta Magna de 1215 o en los *Charters* o acuerdos por escrito concedidos por la Corona inglesa a aquellos que asumían labores de colonización bajo su amparo.

No obstante ello, sí existe consenso en reconocer que la primera vez que dicho derecho va a verse plasmado en una Constitución es en los Estados Unidos de Norte América, y específicamente en la Quinta Enmienda a su Constitución Federal. De acuerdo con lo dispuesto en aquel precepto del año 1791:

«Ninguna persona será detenida para que responda por un delito capital, o infamante por algún otro concepto, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando estas estén en servicio efectivo en tiempo de guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligarse a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa».

Lo establecido en aquella enmienda se vio completado con la prescripción contenida en la Décimo Cuarta Enmienda a la Constitución Federal norteamericana que fue ratificada el 9 de julio de 1868, y que en su Sección Primera señala a saber lo siguiente:

## Christian Donayre Montesinos

el máximo intérprete de nuestra Constitución nos dirá que este abarca la facultad que tiene toda persona de acceder a los tribunales, así como a que las resoluciones que se dicten en su sede se hagan efectivas<sup>(24)</sup>.

Por el momento hemos intentado brindarle al lector, de forma muy sucinta, los conceptos del derecho al debido proceso y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La diferencia

entre ambas nociones, sin embargo, no se manifiesta solo en cuanto al origen o el contenido de cada uno de ellos, sino también en relación con su ámbito de aplicación. En efecto, mientras hoy existe consenso en admitir la vigencia del derecho al debido proceso con sus respectivos matices en el ámbito administrativo<sup>(25)</sup>, en el escenario

---

«Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a la jurisdicción de estos son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en el cual residan. Ningún Estado podrá hacer o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes».

Aun cuando en los textos citados se ha traducido la terminología *due process of law* como debido proceso judicial o debido procedimiento jurídico, lo cierto es que la traducción que goza de mayor consenso en la doctrina es la que hace referencia al «debido proceso legal». Hacemos especial incidencia en este tema, debido a que la traducción que se haga de la expresión *due process of law* va a traer consigo consecuencias directas en la comprensión de sus alcances.

En esa línea de pensamiento, si bien el término *due* puede ser traducido como debido, es menester precisar que su significado, como hemos visto, no se reduce a la exigencia del respeto de meras pautas formales o normativamente previstas, sino también de ciertos valores como el de justicia, y a eso apunta el principio de razonabilidad. De ahí que en Europa prefiera hablarse de un proceso justo.

La expresión *process* fue paulatinamente entendida como pauta predicable respecto de cualquier actuación de quien cuenta con autoridad, máxime, aunque no exclusivamente, si se encuentra relacionada con la composición de conflictos previamente existentes. Es así como el significado de *process* no se circunscribe únicamente al escenario de un proceso judicial, y así se entendió progresivamente en los Estados Unidos de Norte América.

Por último, cuando se hace referencia a *of law* se alude a la correspondencia que debe haber entre las situaciones generadas como consecuencia del ejercicio de aquella cuota de poder de quien cuenta con autoridad con el ordenamiento jurídico vigente, y ya no solo, como se entendería si se interpretan esas enmiendas literalmente, es decir, como la adecuación de aquellas situaciones al texto de las leyes aprobadas por el Congreso o Parlamento, según sea el caso.

(24) Como es de conocimiento general, esto último ofrece una serie de dificultades sobre todo cuando estamos ante la ejecución de una obligación de dar suma de dinero en contra del Estado. Véase al respecto EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La inejecución de sentencias por incumplimiento de entidades estatales*. En: **ius et veritas**. Lima, junio 1999, pp. 96 y siguientes.

(25) Entre las sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido la exigibilidad del debido proceso en sede administrativa, tenemos, por ejemplo, las recaídas en casos como el «Manuel Benítez Raymundo» (Expediente 292-96-AA/TC), en donde el Alto Tribunal señaló:

«(...) Que, siendo ello así, la destitución de la que ha sido objeto la autora, no puede considerarse como un acto arbitrario y conculcatorio de sus derechos constitucionales realizado por el presidente de la entidad demandada, pues tan drástica medida fue tomada tras seguirse un procedimiento administrativo, en el que se respetó el contenido esencial de su derecho al debido proceso en sede administrativa».

Otro ejemplo de lo recientemente afirmado son los pronunciamientos del supremo intérprete de nuestra Constitución en los casos «Carlos Alberto Franco Choque» (Expediente 647-96-AA/TC), «Alfredo Rolando Yataco García» (Expediente 1034-96-AA/TC) o «Ysidro Alberto Villanueva Rodríguez y otro» (Expediente 619-96-AA/TC).

Los expuestos, sin embargo, son casos en los que se puede constatar la exigencia del respeto a un debido proceso en su dimensión procesal. En relación con el debido proceso sustantivo también hay casos en los cuales el Tribunal Constitucional peruano ha entrado a pronunciarse sosteniendo su vigencia también en el escenario administrativo. Sobre el particular puede revisarse el caso «Félix Herrera Huaranga» (Expediente 090-97-AA/TC), el caso «César Martín Castillo Córdova» (Expediente 432-98-AA/TC), el caso «Graciela Soledad Monteza Tapia» (Expediente 390-98-AA/TC) o el caso «Laura Patricia Rico Vergara» (Expediente 135-98-AA/TC).



corporativo entre particulares<sup>(26)</sup>, en sede arbitral<sup>(27)</sup>, militar<sup>(28)</sup>, así como en los procedimientos sancionadores que se llevan a cabo en el Congreso<sup>(29)</sup>; el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva rige, como su nombre lo indica, solamente en el plano jurisdiccional, mas no en los otros en donde en cambio el debido proceso sí encuentra cabida.

Va a ser justamente esta última distinción respecto del ámbito de aplicación o vigencia de cada uno de los derechos mencionados, que hoy se va a preferir hacer referencia ya no, por un lado, al derecho al debido proceso y, por el otro, al derecho a la tutela

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencias como las recaídas en los casos «Ricardo Baena y otros» (con sentencia de fecha 2 de febrero de 2001) o el «Baruch Ivcher Bronstein» (con sentencia de fecha 6 de febrero de 2001) ha reconocido que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionador o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso.

Ahora bien, entre la bibliografía existente al respecto en nuestro país véase ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Debido proceso en procedimientos administrativos. Su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular*. En: *Revista Peruana de Derecho Público*. Año III. Lima: Grijley, julio-diciembre 2002. pp. 87 y siguientes.

Es más, en el Perú, como sabemos, existe incluso una previsión normativa en ese sentido. En efecto, en el artículo IV, inciso 1.2., de la Ley 27444, más conocida como Ley del Procedimiento Administrativo General, se consagra el allí denominado «principio de debido procedimiento». A tenor de aquella disposición:

«Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en Derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo».

Estamos ante una prescripción legal que ha sido objeto de diversos comentarios. Véase sobre el particular DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. En: AUTORES VARIOS. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Ara, julio 2001, p. 44; ROJAS LEO, Juan Francisco. *¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo derecho administrativo en el Perú? Reflexiones en torno a la próxima entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. En: AUTORES VARIOS. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Ara, julio 2001, pp. 124 y 125; entre otros.

- (26) El caso más célebre en el cual el mismo Tribunal Constitucional peruano reconoció la vigencia del debido proceso incluso en las relaciones corporativas entre particulares, lo constituye, sin duda alguna, el «Pedro Arnillas Gamio» (Expediente 067-93-AA/TC). En esa oportunidad el supremo intérprete de nuestra Constitución precisó: «(...) el respeto de las garantías del Debido Proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento privado».
- (27) El Tribunal Constitucional peruano en casos como el «Pesquera Rodga S.A.» (Expediente 189-99-AA/TC), con sentencia de fecha 26 de octubre de 1999, ha reconocido la vigencia del derecho al debido proceso en el escenario arbitral. Así, por ejemplo, sostiene en el cuarto fundamento de la sentencia referida que:
- «(...) 'procedimiento regular' -ya lo ha dicho este Tribunal- es aquel en el que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es 'procedimiento irregular' aquel en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional. De manera que frente al primer caso y por referencia explícita a los laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares».
- (28) A este respecto encontramos vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto emitida a propósito de la interposición de procesos constitucionales de la libertad como un *Hábeas Corpus*, como producto de procesos de inconstitucionalidad. Un análisis más detallado al respecto puede verse en nuestro libro *Tribunales militares y Constitución en el Perú. Apuntes sobre una reforma pendiente*. Lima: Jurista, setiembre 2006.
- (29) Así lo reconoció en su momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios casos. En el caso «Tribunal Constitucional», con sentencia de fecha 31 de enero de 2001, la Corte señala a saber lo siguiente:

## Christian Donayre Montesinos

jurisdiccional efectiva, sino al concepto «tutela procesal efectiva». Así, se afirma que:

«(...) tanto en sede administrativa como legislativa es conocido que existen muchos procedimientos que, sin desarrollarse ante un juez y sin mantener, en variados supuestos, algunas de las características propias de la función jurisdiccional (como el caso de la imparcialidad, en los estamentos citados), deben ser desarrollados con la debida observancia de las reglas que garantizan el derecho a un debido proceso. Lo mismo sucederá en el ámbito de la conciliación extrajudicial o en el arbitraje los cuales, pese a no constituir procesos judiciales, suponen mecanismos de composición de conflictos donde los principios procesales, en cuanto sean compatibles, deben ser apreciados de manera irrestricta. Por ello mismo, antes que hablar de 'tutela jurisdiccional efectiva', consideramos que es necesario referirnos a la 'tutela procesal efectiva'. Una denominación que supera las notorias limitaciones del primer concepto y que sintoniza perfectamente con una realidad que se vislumbra cada vez más compleja»<sup>(30)</sup>.

Ello puede entonces explicar la utilización de la noción «tutela procesal efectiva» en el actual Código Procesal Constitucional y en la jurisprudencia constitucional que le ha sucedido.

En ese orden de ideas, el artículo 4 del mencionado Código Procesal Constitucional define a la tutela procesal efectiva como:

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

No obstante, es importante indicar aquí que luego el Tribunal Constitucional, en la lógica de optimizar la protección de los Derechos Fundamentales y, por lo tanto, ampliar su ámbito de tutela, admitió la posibilidad de cuestionar resoluciones judiciales mediante amparo cuando estas no solo violen el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva o la denominada tutela procesal efectiva sino también cuando vulneren el contenido constitucionalmente protegido de los Derechos Fundamentales en general<sup>(31)</sup>.

«(...) cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas».

Luego el Tribunal Constitucional peruano recogería esta línea interpretativa en el caso «65 Congresistas de la República» (Expediente 0006-2003-AI/TC), y más claramente en el caso «Gastón Ortiz Acha» (Expediente 3760-2004-AA/TC). Según lo manifestado por el supremo intérprete de nuestra Constitución en este último caso:

«(...) la facultad de imponer sanciones políticas por parte del Congreso es una facultad privativa y discrecional de él; pero, tal discrecionalidad es posible solo dentro de los límites que se derivan de la propia Constitución y del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

25. De ahí que, como ningún poder constituido está por encima del poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, sea posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento para imponer sanciones, cuando de ellos devenga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los Derechos Fundamentales».

(30) MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002. p. 105.

(31) Para estos efectos resulta de suma relevancia e interés revisar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso «Apolonia Ccollcca Ponce» (Expediente 3179-2004-AA/TC).

Es más, como veremos, será ese entendimiento de las normas que regulan Derechos Fundamentales como mandatos de optimización, el que lo llevará a precisar y establecer nuevas pautas relativas al «Amparo contra Amparo».

Precisados entonces los elementos que tornarían hoy en día un proceso irregular, según el Código Procesal Constitucional y lo establecido por el Tribunal Constitucional, de tal forma que queda expedita la vía del amparo para cuestionar aquella resolución judicial firme que vulnera nuestros derechos fundamentales; volvamos al tema que nos ocupa, esto es, la figura del «Amparo contra Amparo».

Ahora bien, como adelantamos, el Código Procesal Constitucional buscó cerrar la puerta al «Amparo contra Amparo» y será en la sentencia recaída en el caso «Municipalidad Provincial de San Pablo» que el Tribunal Constitucional insistirá en su procedencia. De allí la importancia de dedicar algunas líneas a lo señalado por el supremo intérprete de nuestra Constitución en dicho caso, toda vez que será el pronunciamiento que marcará la pauta para lo que viene después. Y es que una vez admitido el «Amparo contra Amparo», dejando de alguna manera de lado lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 5 de la Ley 28237, el Tribunal Constitucional establecerá nuevas reglas para su procedencia, tema este último al que nos dedicaremos en el apartado inmediatamente siguiente.

4. Del inciso 6 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional a la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el caso «Municipalidad Provincial de San Pablo»

Como antes habíamos indicado, hoy en día la Ley 28237 en su artículo 5 regula las causales de improcedencia de los denominados procesos constitucionales de la libertad<sup>(32)</sup>. Allí se nos dirá, por ejemplo, que una demanda de amparo será declarada improcedente si los hechos y el petitorio de la

demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho involucrado; si existen vías procedimentales, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado; si el agraviado ha recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional; si a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable, entre otras causales que no interesa citar aquí.

Será, sin embargo, específicamente, el inciso 6 de dicho precepto, el que pretenderá cerrar la puerta al fenómeno del «Amparo contra Amparo». En efecto, dicho inciso señala a saber lo siguiente:

«No proceden los procesos constitucionales cuando:  
(...)

6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia.  
(...))».

No obstante, necesario es decirlo, autorizado sector de la doctrina prontamente se mostró en desacuerdo con dicha disposición. Así, había quienes sostenían que toda vez que la jurisprudencia anterior al Código Procesal Constitucional había admitido el cuestionamiento de lo resuelto en un amparo por medio de otro amparo como consecuencia de la vulneración del derecho al debido proceso o la tutela

(32) Conocida es la distinción que suele efectuarse en doctrina entre jurisdicción constitucional de la libertad y jurisdicción constitucional orgánica. En los primeros se ubican aquellos procesos constitucionales que están destinados a proteger los Derechos Fundamentales, mientras que en los segundos, aquellos que buscan tutelar sobre todo la jerarquía normativa de la norma constitucional. Véase al respecto la vasta obra de Mauro Cappelletti. Algunos de sus trabajos se encuentran, por cierto, traducidas al español. Así, por ejemplo, convendría revisar CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Traducción de Héctor Fix-Zamudio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

## Christian Donayre Montesinos

jurisdiccional efectiva acaecida en el primero, en una lógica *favor libertatis*, debiera aun tolerarse.

Por otro lado, otros autores eran mas bien de la opinión que, como quiera que en el artículo 4 de la Ley 28237, en donde se regula la posibilidad de cuestionar resoluciones judiciales a través del amparo o del *Hábeas Corpus*, no se hace distinción alguna respecto de si el proceso en el cual se ha emitido la resolución que se busca cuestionar es uno de corte constitucional, como el amparo, o más bien ordinario, debiera admitirse el «Amparo contra Amparo»<sup>(33)</sup>.

Ahora bien, finalmente estos requerimientos fueron atendidos por el supremo intérprete de nuestra Constitución. Efectivamente, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano recaído en el caso «Municipalidad Provincial de San Pablo» dejó claramente abierta la puerta al «Amparo contra Amparo», a tal punto que, como dijimos, incluso hoy existen ya varias sentencias en similar sentido. Veamos con más detalle las implicancias y lo dicho por el Alto Tribunal en este caso en particular.

El 8 de julio de 2003 el señor Walter Marcial Saldaña Alfaro inició un proceso de amparo contra el Juez Mixto de la Provincia de San Pablo perteneciente a la Corte Superior de

Cajamarca, contra los magistrados integrantes de la Sala Civil de Cajamarca y contra Augusto Miguel Coba Mendoza, quien fue favorecido con la decisión judicial que se cuestiona por medio de este amparo.

En su demanda, el accionante sostuvo que en el proceso de amparo seguido por don Miguel Coba Mendoza contra la Municipalidad Provincial de San Pablo sobre despido de hecho se había violado el debido proceso, el principio de legalidad y el derecho a la tutela judicial efectiva, como quiera que se había admitido a trámite y luego declarado fundada la demanda de amparo que aquel presentó, sin que con anterioridad se haya agotado la vía administrativa, tal como lo exigía el artículo 27 de la Ley 23506.

Al no resultar favorables a su pretensión las sentencias emitidas tanto en primer como en segundo grado, el caso llega a conocimiento del Tribunal Constitucional, quien, pese a declarar finalmente

(33) Así, según Castillo Córdova:

«La justificación que hace necesaria la existencia de la figura del Amparo contra Amparo permanece, pues sigue existiendo el riesgo que un proceso de amparo se tramite con vulneración de la tutela procesal efectiva (...). Ergo, un proceso constitucional sí procede cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional tramitado con manifiesto agravio a alguna exigencia de la tutela procesal efectiva, que -como lo ha dicho el artículo 4 del CPC- comprende el acceso a la justicia y el debido proceso». En su trabajo intitulado *Normas autoaplicativas, alternatividad y Amparo contra Amparo en el Código Procesal Constitucional*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LIV. Trujillo: Normas Legales, noviembre-diciembre 2004. p. 44.

Por su parte, Luis Sáenz, sostiene:

«(...) si bien la norma consignada con anterioridad pareciera ser determinista y optar por una fórmula absolutamente restrictiva, no hay que olvidar que existe un precepto expreso según el cual 'el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva (...)' (artículo 4 del Código Procesal). Siendo las cosas del modo descrito y tomando en consideración que tampoco se ha hecho la distinción acerca de si la consabida agresión fue consecuencia de un proceso ordinario o de uno de carácter constitucional, creemos que en un esfuerzo de ponderación tutelar podría optarse por una fórmula excepcionalmente permisiva, sin que con ello se convierta dicha posibilidad en una regla general. Se trataría pues de aceptarla, no empero que sometida a una serie de criterios sobre los que en todo caso, habría que reflexionar». En su trabajo intitulado *Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de Amparo*. En: AUTORES VARIOS. *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Jurista, febrero 2005. p. 132, texto que también encontramos reproducido en el libro AUTORES VARIOS. *Código Procesal Constitucional comentado*. Trujillo: Normas Legales, 2005.

improcedente la demanda presentada, entra a efectuar una serie de importantes precisiones en torno al tema del cual nos hemos ocupado en este trabajo.

Dentro de los fundamentos esbozados en esta sentencia conviene poner de relieve sobre todo el quinto. Y es que va a ser en este en el que el Tribunal Constitucional peruano va dejar claramente abierta la puerta al «Amparo contra Amparo». Así, de conformidad con lo señalado por nuestro supremo intérprete de la Constitución en aquel fundamento:

«(...) debe enfatizarse que, cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5, inciso 6, a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, esta disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo inescrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional, puesto que una interpretación que cierra por completo la posibilidad del 'Amparo contra Amparo' sería contraria a la Constitución».

Lo recientemente explicitado por el Tribunal Constitucional, esto es, que cerrar por completo la posibilidad del «Amparo contra Amparo» sería inconstitucional, se debe a que a su criterio, como también ya habíamos adelantado, esta figura tiene nada menos que un sustento constitucional directo. En efecto, en el fundamento cuatro de la sentencia que venimos comentando nos dirá textualmente que:

«(...) la posibilidad del 'Amparo contra Amparo' tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 200 de la propia Constitución, donde se establece que el amparo, '(...) No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular'. La definición de 'procedimiento regular' se sitúa de este modo en la puerta de entrada que ha venido permitiendo la procedencia del 'Amparo contra Amparo'».

Los argumentos que aquí hemos expuesto en torno al «Amparo contra Amparo» son, pues, luego reiterados en el caso «Dirección Regional de Pesquería de La Libertad»<sup>(34)</sup>. Sin embargo, lo relevante de este caso radica, pues, en que el Tribunal Constitucional aprovechará esta oportunidad para establecer algunas nuevas reglas para la procedencia del «Amparo contra Amparo». Veamos entonces cuál es el nuevo régimen que para el «Amparo contra Amparo» le ha deparado nuestro Tribunal Constitucional.

5. El nuevo régimen del «Amparo contra Amparo»: la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso «Dirección Regional de Pesquería de La Libertad»

El 19 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional resolvió el caso «Dirección Regional de Pesquería de La Libertad» (Expediente 4853-2004-PA/TC). Este pronunciamiento, como habíamos indicado, adquiere singular importancia para la materia de la que nos venimos ocupando, porque establece en el fundamento jurídico número 39 de su sentencia, las nuevas reglas para el «Amparo contra Amparo» y, además, con calidad de precedente vinculante.

El Tribunal Constitucional adopta estas nuevas reglas relativas al objeto del «Amparo contra Amparo», como ya hemos indicado, bajo la lógica que las normas que regulan los Derechos Fundamentales constituyen normas-principio y no normas-regla y, en consecuencia, se trata de mandatos de optimización<sup>(35)</sup>. En ese orden

(34) Véase en este sentido el fundamento jurídico número cinco de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 4853-2004-PA/TC.

(35) Recomendamos revisar acerca de esta distinción: DIEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. pp. 135 y siguientes; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. y Marina GASCÓN ABELLÁN. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra, 2003. pp. 246 y siguientes; GUASTINI, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. México D.F.: Fontamara, 2003. pp. 131 y siguientes; entre otros.



## Christian Donayre Montesinos

de ideas, el operador jurídico debe interpretar las normas vinculadas a los Derechos Fundamentales de modo que contribuya a generar un escenario de mayor y mejor ejercicio de ellos, es decir, facilitando y ampliando progresivamente el espectro de los Derechos Fundamentales, erigiéndolos así, además, en verdaderos límites al ejercicio del poder en general y del poder político en particular. Sin embargo, aun cuando es correcto y existe consenso en entender las normas que regulan los Derechos Fundamentales como mandatos de optimización, no deja de ser menos cierto que su aplicación debe ser ponderada y mesurada con otros principios y bienes jurídicos cuya protección también es relevante para la vigencia y estabilidad del Estado Constitucional.

Pasando entonces a ver los lineamientos establecidos por el Tribunal Constitucional, tenemos que podrá cuestionarse mediante amparo la resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo en dos supuestos: cuando en este proceso de amparo se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los Derechos Fundamentales, o cuando la resolución que se cuestiona fue dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional, desnaturalizando así la decisión sobre el fondo, tornándola, en consecuencia, en inconstitucional.

Esta lógica de entender los Derechos Fundamentales como mandatos de optimización lleva al Tribunal Constitucional a justificar la procedencia del «Amparo contra Amparo» cuando se esté ante resoluciones estimatorias de segundo grado que violen en forma manifiesta el contenido constitucionalmente protegido de los Derechos Fundamentales en los siguientes términos:

«(...) la estimación de una pretensión en un proceso constitucional no puede llevar a suponer, sin más, que en la tramitación de este haya desaparecido por completo cualquier posibilidad de afectación a los Derechos Fundamentales, generándose de esta manera un ámbito exento de control por parte del Tribunal Constitucional. En otras palabras, el 'Amparo contra Amparo' no debe habilitarse en función de que el fallo en el primer amparo sea estimatorio o desestimatorio, sino en función de si puede acreditarse o no

un agravio manifiesto a los derechos constitucionales a consecuencia de la actuación de los propios jueces constitucionales y cuya intensidad sea tal que desnaturalice la propia tutela que deba prestarse a través de su actuación».

Similar argumentación es la que de alguna manera esboza el Tribunal Constitucional para justificar la procedencia del «Amparo contra Amparo» cuando se esté ante resoluciones estimatorias de segundo grado que fueron dictadas sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina constitucional.

Siguiendo lo indicado por el Tribunal Constitucional al respecto, se entenderá por doctrina constitucional: las interpretaciones de la Constitución realizadas por él en el marco de los procesos constitucionales que son de su conocimiento, las interpretaciones constitucionales de la ley efectuadas en su rol de contralor de constitucionalidad y las proscripciones interpretativas, es decir, aquellos sentidos interpretativos que han sido «anulados» por el Tribunal Constitucional como consecuencia de la aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución.

Y es que es bien sabido que la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia goza de un carácter vinculante muy particular en tanto se trata de categorías desarrolladas por el denominado supremo intérprete de la Constitución o, en todo caso, por la instancia final y definitiva en materia de interpretación constitucional, independientemente de lo opinables o discutibles que a veces resulten. Es entonces ese carácter vinculante y esa singular posición en la cual se encuentra el Tribunal Constitucional que lo llevan a

afirmar que será posible cuestionar mediante amparo aquella resolución emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo que se aparte de la doctrina constitucional por él establecida, aun cuando estime la demanda.

No obstante, la comprensión de los Derechos Fundamentales como verdaderos mandatos de optimización conduce al Tribunal Constitucional a admitir que es posible apartarse de su doctrina constitucional, siempre que ello tenga por finalidad dar una mayor y más amplia protección a los Derechos Fundamentales. En efecto, de allí que el Tribunal Constitucional llegue a sostener lo siguiente:

«Todo lo anterior no excluye, en todo caso, que los jueces del Poder Judicial que también son los jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los Derechos Fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado».

En esa línea de pensamiento, el «Amparo contra Amparo» no tendrá como objeto cuestionar una resolución estimatoria de segundo grado emitida por el Poder Judicial, cuando esta se haya apartado de la doctrina constitucional, pero a fin de dar una mayor y mejor protección a los Derechos Fundamentales involucrados.

Ahora bien, en los supuestos aquí reseñados los sujetos legitimados para iniciar un «Amparo contra Amparo» serán los directamente afectados, siempre que la violación haya

sido debidamente denunciada al interior del primer proceso de amparo y no haya sido respondida por el órgano judicial o lo haya sido de forma insuficiente; así como los terceros que se hayan visto afectados por lo resuelto en el primer amparo y que no fueron emplazados o no se les permitió ejercer su derecho de defensa.

Asimismo, podrá cuestionarse mediante amparo la resolución desestimatoria de la demanda, emitida en segundo grado por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando esta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial en dos supuestos: el primero es el caso del tercero legitimado que solicitó intervenir en el trámite del proceso de amparo, pero rechazaron su solicitud, o no lo hizo porque desconocía de su existencia y se violó en forma manifiesta el contenido constitucionalmente protegido de sus derechos fundamentales. El segundo se refiere mas bien al caso del mismo interesado y que por razones no imputables a él, no pudo interponer oportunamente su recurso de agravio constitucional.

El primero de los supuestos aquí reseñados ha sido justificado por el Tribunal Constitucional bajo el entendimiento que si bien cuando estamos ante resoluciones desestimatorias emitidas en sede de la judicatura ordinaria es factible plantear un recurso de agravio constitucional, esta posibilidad no la tienen aquellos terceros que resultan afectados ilegítima y directamente por dichas resoluciones y cuya intervención en el proceso fue denegada o no pudo ser acreditada porque desconocían de dicho trámite judicial. En cuanto al segundo de los supuestos, si seguimos la lógica del Tribunal Constitucional, podemos fácil entender por qué habilita el «Amparo contra Amparo» para el caso del interesado que no pudo interponer el recurso de agravio constitucional, bien por

## Christian Donayre Montesinos

no haber sido notificado oportunamente de la resolución desestimatoria o, a pesar de haber sido notificado, no pudo conocer de su contenido por alguna imposibilidad material debidamente acreditada.

En los supuestos aquí reseñados podrán iniciar un «Amparo contra Amparo» tanto el tercero legitimado que, pese a haber solicitado su intervención en el primer amparo, no fue admitido o, teniendo la calidad de litisconsorte necesario, no fue notificado con la demanda; como el interesado que, por razones probadas, no pudo presentar el recurso de agravio constitucional oportunamente.

Por otro lado, al interior de los supuestos de procedencia del «Amparo contra Amparo», el Tribunal Constitucional incluye una referencia que aunque no es textualmente similar a lo que había venido sosteniendo en otras sentencias previas a esta, sus implicancias prácticas sí son exactamente iguales. Y es que mientras antes decía literalmente que no procedía el «Amparo contra Amparo» contra sus resoluciones, debido a que estas no podían ser calificadas como inconstitucionales, hoy sostiene que «En ningún caso puede ser objeto de una demanda de 'Amparo contra Amparo' las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales».

Ahora bien, dado el reiterado carácter excepcional del «Amparo contra Amparo», justificado además por el mismo Tribunal Constitucional<sup>(36)</sup>, y que conlleva a que se admita solo en una única vez, los supuestos que aquí hemos reseñado debieran ser comprendidos en forma restrictiva. Es más, justamente ese alcance restrictivo y sobre todo la cosa juzgada parecieran haber sido algunas de las razones que llevaban a que el Tribunal Constitucional circunscribiera la procedencia del «Amparo contra Amparo» solo cuando se estuviera ante violaciones meramente formales del debido proceso. Sin embargo, en esta nueva sentencia el Tribunal Constitucional irá más allá y admitirá como pretensión susceptible de ser ventilada mediante un «Amparo contra Amparo» cuestiones de fondo del primer amparo. En definitiva, siguiendo al Tribunal Constitucional, la pretensión del nuevo amparo podría incluir como pretensión incluso la misma que ha sido objeto del primer amparo. En efecto, sobre

el particular el Tribunal Constitucional va a sostener lo siguiente:

«El nuevo amparo podrá incluir como pretensión lo que ha sido objeto del primer amparo solo si la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es de tal intensidad que desnaturaliza la decisión misma y la convierte en inconstitucional; caso contrario, no procederá el 'Amparo contra Amparo' por haberse configurado la cosa juzgada constitucional. También puede invocarse como pretensión en el nuevo amparo el desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, conforme a los supuestos establecidos en el fundamento 17 de esta sentencia».

Finalmente, el Tribunal Constitucional de cara a garantizar condiciones de imparcialidad en el juez constitucional que conozca del segundo proceso de amparo, dispone que en estos casos los jueces de primer y segundo grado deberán ser distintos a los que conocieron el primer proceso de amparo.

## 6. A modo de conclusión

Estamos sin lugar a dudas ante una sentencia por demás interesante, en donde el Tribunal Constitucional peruano no solo se apartó claramente de lo establecido en el texto literal del inciso 6 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, reiterando así lo dicho por él en el caso «Municipalidad Provincial de San Pablo», sino que además buscando optimizar la protección de los Derechos Fundamentales, ha establecido nuevas reglas para el «Amparo contra Amparo». Seguramente mucho se discutirá acerca de estas nuevas reglas establecidas

(36) Véase la nota al pie número seis del presente trabajo.

por el Tribunal Constitucional, e incluso sobre si debiera existir o no el «Amparo contra Amparo», pues no deja de ser un asunto debatible y que puede generar algunas complicaciones.

Cuando entró en vigor la Ley 28237, e incluso durante el tiempo de *vacatio legis*<sup>(37)</sup>, hubo quienes manifestaron su preocupación ante el hecho que el Código Procesal Constitucional se mostraba en algunas de sus disposiciones restrictivo frente a al alcance más protector que hasta ese entonces presentaba en algunos temas la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Así, por ejemplo, y tal como aquí hemos tenido oportunidad de observar, si bien el artículo 4 de la Ley 28237 habilita a plantear demandas de amparo o *Hábeas Corpus* contra resoluciones judiciales, estas, según dicha disposición, deben tener la calidad de firmes. Esto último supuso para algunos un

retroceso, pues antes del Código el mismo Tribunal Constitucional peruano había admitido el amparo o el *Hábeas Corpus* contra resoluciones judiciales independientemente de si estas habían o no adquirido la calidad de firmes<sup>(38)</sup>. En este caso, como sabemos, el Tribunal Constitucional prefirió acoger lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional, aun cuando amplió el escenario de procedencia al establecer que la violación del contenido constitucionalmente protegido de cualquier derecho fundamental por una resolución judicial firme habilita a cuestionarla mediante amparo o *Hábeas Corpus*.

Otro de los temas en los que justamente la Ley 28237 se mostraba más restrictiva frente a lo establecido ya a nivel jurisprudencial, era en el del «Amparo contra Amparo». Sin embargo, como hemos visto, aquí sí el supremo intérprete de nuestra Constitución ha decidido no ceñirse a la Ley 28237, y ha admitido que aun hoy en día, pese al texto del Código, es posible que subsista el «Amparo contra Amparo», pero no solo eso, sino que en su afán de optimizar el espectro existente para la protección de los Derechos Fundamentales ha establecido nuevas reglas para su procedencia, nuevas reglas que estamos seguros generarán más de una discusión.

(37) Como es de conocimiento general, de acuerdo con lo establecido en la segunda disposición transitoria y derogatoria de la Ley 28237, el Código Procesal Constitucional entró en vigencia a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial «El Peruano». Este hecho se produjo en mayo de 2004, por lo que desde diciembre de dicho año el Código entró plenamente en vigor. Durante ese lapso de tiempo se publicaron algunos trabajos apuntalando uno que otro aspecto de la mencionada norma en aras de su mejor comprensión o postulando en algún caso alguna modificación, en razón de los criterios particulares y las reacciones que suscita la regulación de un tema tan delicado como es el relativo a los procesos constitucionales.

(38) En esta línea de pensamiento se encuentra Eloy Espinosa-Saldaña, quien sostiene que «(...) si hacemos una lectura literal de lo hasta ahora plasmado en el nuevo Código Procesal Constitucional, bien podemos apreciar que esta posibilidad de iniciar procesos constitucionales solamente podría plantearse contra resoluciones judiciales firmes. Ello indudablemente no sería aconsejable, ya que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en este caso con indudable acierto, ya ha declarado procedentes una serie de demandas contra prácticamente todo tipo de resoluciones judiciales, ya que no solamente vulneran derechos fundamentales y nos dejan en situación de indefensión aquellas que ponen fin a la instancia. Faltando todavía un tiempo para que entre en vigencia la Ley 28237, aquí hay un aspecto en el cual indudablemente convendría modificar».

A mayor abundamiento puede revisarse su trabajo *Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*. Lima: Palestra, setiembre 2004. pp. 127 y 128. En el mismo tenor se encuentra su *Código Procesal Constitucional: Estudio introductorio*. En: AUTORES VARIOS. *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Jurista, febrero 2005. p. 62.