



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

**PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO
FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE A TRAVÉS DEL
PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO**

Presentada por:

LUIS ALBERTO HUERTA GUERRERO

Asesor:

Doctor Samuel Abad Yupanqui

LIMA - PERÚ

Agosto 2012

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
1. Preliminar	8
2. Planteamiento del problema	9
3. Marco teórico, referencial o conceptual	15
4. Hipótesis de trabajo	22
5. Marco metodológico	22
6. Estructura del trabajo	25
CAPÍTULO 1: DERECHO AL MEDIO AMBIENTE	27
1.1 Fundamentos y generaciones de derechos fundamentales	28
1.2 Contenido del derecho fundamental al medio ambiente	36
1.2.1 Elementos para delimitar el contenido de los derechos fundamentales	36
1.2.2 Contenido del derecho fundamental al medio ambiente	39
1.2.3 Diferencia entre contenido del derecho y contenido esencial: una precisión necesaria	44
1.3 Reconocimiento en textos constitucionales	49
1.3.1 Derecho comparado.....	52
1.3.1.1 Textos constitucionales de Europa.....	52
1.3.1.2 Textos constitucionales de América Latina	54
1.3.2 Constituciones del Perú	58
1.4. Reconocimiento en instrumentos y decisiones internacionales de derechos humanos.....	60
1.4.1 Aspectos generales	61
1.4.2 Sistema universal de protección de derechos humanos	63
1.4.2.1 Reconocimiento a nivel normativo	63
1.4.2.2 Órganos de protección.....	65
1.4.3 Sistema interamericano de protección de derechos humanos.....	69
1.4.3.1 Reconocimiento a nivel normativo	69
1.4.3.2 Órganos de protección.....	70
1.4.3.3 Decisiones de los órganos de protección	74
1.4.4 Sistema europeo de protección de derechos humanos	81
1.5 Obligaciones del Estado.....	86
1.5.1. Obligación de respetar los derechos fundamentales	88
1.5.2. Obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales.....	89
1.5.2.1 Aspectos generales.....	89
1.5.2.2 Marco normativo e instituciones creadas para garantizar el medio ambiente.....	91
1.5.2.2.1 Legislación ambiental.....	92
1.5.2.2.2 Entidades estatales.....	96
1.5.3 Obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos fundamentales.....	99
1.5.3.1 Aspectos generales.....	99
1.5.3.2 Protección penal.....	102
1.5.3.3 Protección administrativa	108
1.6 Interpretación del derecho fundamental al medio ambiente	112
1.6.1 Objetivos de la interpretación de los derechos fundamentales	112

1.6.1.1 Delimitación del contenido de los derechos	113
1.6.1.2 Identificación de los actos lesivos.....	113
1.6.1.3 Evaluación de los límites o restricciones a los derechos	115
1.6.1.4 Reconocimiento de nuevos derechos	116
1.6.1.5 Determinación de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales	119
1.6.2 Interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	120
1.6.2.1 Aspectos generales.....	120
1.6.2.2 Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993	123
1.7 Métodos de resolución de controversias relacionadas con el derecho al medio ambiente	127
1.7.1 Ponderación	128
1.7.2 Test de proporcionalidad	133
1.7.3 Particularidades de la tutela procesal del derecho al medio ambiente	134
1.8 Principios en materia de Derecho Ambiental.....	136
1.8.1 Aspectos generales	136
1.8.2 Una especial referencia al principio precautorio	139
CAPÍTULO 2: DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES	144
2.1 Fundamentos de la protección judicial de derechos fundamentales	147
2.2 Reconocimiento internacional	149
2.3 Reconocimiento constitucional	154
2.4 Actos lesivos del derecho a la protección judicial de derechos fundamentales.....	156
2.4.1 Vigencia de normas que impiden solicitar la protección judicial de derechos fundamentales ...	156
2.4.2 Actos que impiden presentar una demanda de protección judicial de derechos fundamentales .	158
2.4.3 Actos que impiden resolver una demanda de protección judicial de derechos fundamentales...	159
2.4.4 Impedimento para presentar una demanda de protección judicial de derechos fundamentales durante estados de excepción.....	160
2.4.5 Incumplimiento de resoluciones judiciales de protección de derechos fundamentales.....	162
2.4.6 Violación de las garantías del debido proceso en el marco de los procesos judiciales destinados a la protección de derechos fundamentales	163
2.5 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en materia de protección judicial de derechos fundamentales	165
2.5.1 Prohibición de revisión judicial de decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura	166
2.5.2 Prohibición de revisión judicial de decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.....	170
2.5.3 Prohibición de presentar demandas de amparo contra normas sobre destitución de magistrados	177
2.5.4 Prohibición de presentar hábeas corpus contra resoluciones judiciales	180
2.5.5 Prohibición de presentar hábeas corpus a favor de personas procesadas por terrorismo	183
2.5.6 Prohibición de presentar demandas de amparo contra laudos arbitrales	185
CAPÍTULO 3: PROCESO DE AMPARO: ASPECTOS GENERALES Y PROBLEMAS IDENTIFICADOS	195
3.1 Fuentes para el estudio del proceso de amparo.....	196
3.1.1 Normas constitucionales	197
3.1.1.1 Constitución de 1979.....	198
3.1.1.2 Constitución de 1993.....	201
3.1.1.2.1 Derechos protegidos y causales de improcedencia	201

3.1.1.2.2 Competencia del Tribunal Constitucional.....	204
3.1.1.2.2.1 Problemas identificados.....	204
3.1.1.2.2.2 Respuesta del Tribunal Constitucional.....	207
3.1.1.2.2.3 Caso El Frontón.....	211
3.1.1.2.2.4 Revocatoria del precedente.....	215
3.1.1.2.2.5 Recurso de agravio constitucional a favor del artículo 8° de la Constitución.....	219
3.1.1.2.3 Procedencia durante los estados de excepción.....	221
3.1.2 Tratados sobre derechos humanos.....	225
3.1.3 Legislación procesal constitucional.....	226
3.1.3.1 Aspectos generales.....	226
3.1.3.2 Período 1982-2004 (Ley N° 23506 y otras).....	228
3.1.3.2.1 Ley de hábeas corpus y amparo.....	228
3.1.3.2.2 Ley orgánica del Tribunal Constitucional.....	230
3.1.3.3 Período 2004 en adelante (Código Procesal Constitucional).....	231
3.1.3.3.1 Aspectos generales.....	231
3.1.3.3.2 Modificaciones al Código.....	234
3.1.3.3.3 Aplicación de normas supletorias.....	238
3.1.3.4 Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.....	240
3.1.4 Jurisprudencia procesal constitucional.....	244
3.1.4.1 Proceso de inconstitucionalidad.....	244
3.1.4.1.1 Competencia de juzgados y salas para conocer demandas de amparo.....	246
3.1.4.1.2 Medida cautelar en el proceso de amparo.....	249
3.1.4.1.3 Amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.....	250
3.1.4.2 Jurisprudencia y precedentes vinculantes.....	251
3.1.4.2.1 Aspectos generales.....	251
3.1.4.2.2 Autonomía procesal.....	253
3.1.4.2.3 Jurisprudencia vinculante (“doctrina jurisprudencial”).....	257
3.1.4.2.3.1 Aspectos generales.....	257
3.1.4.2.3.2 Jurisprudencia vinculante sobre la legislación procesal constitucional.....	261
3.1.4.2.4 Precedentes vinculantes.....	266
3.1.4.2.4.1 Aspectos generales.....	266
3.1.4.2.4.2 Precedentes sobre la legislación procesal constitucional.....	268
3.2 Presupuestos procesales.....	276
3.2.1 Identificación de un derecho fundamental amenazado o vulnerado.....	279
3.2.1.1 Derechos protegidos por el proceso de amparo.....	279
3.2.1.1.1 Protección de derechos reconocidos en la Constitución.....	281
3.2.1.1.1.1 Protección de todos los derechos reconocidos en la Constitución.....	281
3.2.1.1.1.2 Protección de algunos derechos reconocidos en la Constitución.....	283
3.2.1.1.2 Protección de derechos no reconocidos de forma expresa en la Constitución.....	296
3.2.1.1.3 Protección de derechos reconocidos en normas internacionales.....	300
3.2.1.1.4 Protección de derechos reconocidos a nivel legal.....	303
3.2.1.1.5 Derechos protegidos por el proceso de amparo en el Perú.....	304
3.2.1.1.6 Reconversión de los procesos constitucionales.....	308
3.2.1.2 Protección del contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales.....	311
3.2.1.2.1 Problemas identificados.....	311
3.2.1.2.2 Caso peruano.....	316
3.2.2 Identificación del acto lesivo de derechos fundamentales.....	320
3.2.2.1 Definición y contenido.....	322
3.2.2.2 Clasificación de los actos lesivos.....	325
3.2.2.2.1 Modo de afectación de los derechos.....	325
3.2.2.2.2 Momento de afectación de los derechos.....	327
3.2.2.2.3 Reparabilidad de la afectación del derecho.....	330
3.2.2.2.4 Subsistencia del acto lesivo.....	333
3.2.2.2.5 Manifestación del acto lesivo.....	335
3.2.2.2.6 Consentimiento del acto lesivo.....	339
3.2.3 Evaluación de causales de improcedencia.....	343
3.2.3.1 Existencia de otra vía procesal específica, igualmente satisfactoria, para la tutela del derecho invocado.....	344
3.2.3.1.1 Aspectos generales.....	344

3.2.3.1.2 El caso peruano	346
3.2.3.2 Amparo contra normas legales.....	351
3.2.3.2.1 Preliminar.....	351
3.2.3.2.2 Experiencias comparadas.....	352
3.2.3.2.3 Desarrollo constitucional y legal	356
3.2.3.2.4 Problemas identificados y reforma al Código Procesal Constitucional.....	363
3.2.3.3 Amparo contra resoluciones judiciales.....	366
3.2.3.3.1 Ámbito de protección: derechos de índole procesal o derechos fundamentales en general.....	367
3.2.3.3.2 Amparo contra amparo	374
3.2.3.4 Agotamiento de vías previas.....	377
3.2.3.4.1 Vías previas administrativas.....	379
3.2.3.4.2 Vías previas en instituciones privadas	381
3.2.3.4.3 Vías previas judiciales	382
3.2.3.4.3 Excepciones	385
3.2.3.5 Plazo para presentar la demanda.....	386
3.2.3.5.1 Fundamentos	386
3.2.3.5.2 Opción asumida en el Perú.....	389
3.2.3.5.3 Problemas identificados	392
3.2.3.5.3.1 Plazo de prescripción, no de caducidad	392
3.2.3.5.3.2 Plazo para presentar una demanda de amparo contra resoluciones judiciales	393
3.2.3.5.3.3 Problemas en el cómputo	397
3.2.3.5.4 Excepciones	399
3.2.4 Rechazo de plano de las demandas.....	400
3.2.4.1 Aspectos generales.....	400
3.2.4.2 El caso peruano.....	401
3.2.4.2.1 Legislación anterior al Código	401
3.2.4.2.2 Código Procesal Constitucional.....	403
3.2.4.2.3 Pronunciamiento sobre el fondo de la controversia	405
3.3 Aspectos procesales adicionales.....	407
3.3.1 Legitimidad para presentar una demanda de amparo.....	408
3.3.1.1 Personas naturales.....	408
3.3.1.2 Personas jurídicas	411
3.3.1.3 Personas jurídicas de derecho público.....	415
3.3.2 Medida cautelar en el amparo	417
3.3.2.1 Aspectos generales.....	417
3.3.2.2 El caso peruano.....	419
3.3.2.2.1 Legislación anterior al Código	420
3.3.2.2.2 Código Procesal Constitucional.....	422
3.3.3 Eficacia horizontal de los derechos fundamentales (amparo contra particulares)	435
3.3.3.1 Aspectos generales.....	436
3.3.3.2 Experiencias comparadas	437
3.3.3.3 El caso peruano.....	442
3.3.4 Actuación inmediata de sentencia impugnada.....	443
3.3.5 Plazo de duración del proceso	451
3.3.5.1 Plazo máximo para resolver por instancias.....	451
3.3.5.2 Plazos según etapas del proceso.....	452
3.3.6 Cumplimiento de sentencias	456
3.3.6.1 Derecho al cumplimiento de resoluciones judiciales.....	456
3.3.6.2 Problemas identificados	459
3.3.6.2.1 Supuestos y causas	459
3.3.6.2.2 Respuestas legales y jurisprudenciales.....	462
3.3.6.3 Mecanismos para garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales.....	470
3.3.6.3.1 Sanciones penales.....	470
3.3.6.3.2 Detención o arresto civil	474
3.3.6.3.3 Multas.....	476
3.3.6.3.4 Sanción administrativa.....	478
3.3.6.3.5 Ejecución forzada	480
3.3.6.3.6 Informes sobre cumplimiento de sentencias.....	480

3.3.6.4 Contenido de la parte resolutive de la sentencia	481
3.3.7 Represión de actos lesivos homogéneos	487
3.3.7.1 Fundamentos.....	488
3.3.7.2 Características de los actos lesivos cuya represión se solicita	490
3.3.7.3 Presupuestos	494
3.3.7.4. Desarrollo legislativo	495
3.3.7.5. Desarrollo jurisprudencial	499
3.3.8 Juez competente e instancias del proceso	507
3.3.8.1 Primera instancia.....	508
3.3.8.1.1 Competencia en razón del territorio.....	508
3.3.8.1.2 Competencia en razón del grado.....	512
3.3.8.1.3 Competencia en razón de la materia	514
3.3.8.2 Segunda instancia	517
3.4.8.3 Intervención de la Corte Suprema.....	518
3.3.8.4 Intervención del Tribunal Constitucional	520
3.3.8.4.1 Intervención en todos los procesos	520
3.3.8.4.2 Intervención en algunos procesos	521
3.3.8.4.2.1 La experiencia de Colombia.....	521
3.3.8.4.2.2 El caso peruano	525
3.4 Magistratura constitucional.....	527
3.4.1 Poder Judicial.....	527
3.4.2 Tribunal Constitucional	530
3.4.2.1 Aspectos generales.....	530
3.4.2.2 El Tribunal Constitucional en el Perú	533

CAPÍTULO 4: TUTELA PROCESAL DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 540

4.1 Caso Salomón Linares Cornejo (STC 221-97-AA) - 1998	542
4.2 Caso Cruz del Sur (STC 1202-99-AA) - 2001	544
4.3 Caso SERPAR (STC 705-2002-AA) - 2003	547
4.4 Caso Sociedad Minera y Yanacocha (STC 769-2002-AA y otra) - 2003	550
4.5 Caso Cerro Quilish (STC 300-2002-PA) - 2003	552
4.6 Caso Depósitos Químicos Mineros (SETC 921-2003-AA) - 2003	555
4.7 Caso Nextel 1 (STC 964-2002-AA) - 2003	564
4.8 Caso ruidos molestos en fábrica textil - 2004	570
4.9 Caso La Oroya (STC 2002-2006-PC) - 2006	571
4.10 Caso Proterra vs. AMBEV (Resolución 2685-2005-PA)- 2006	577
4.11 Caso residuos sólidos “La cucaracha” (STC 5270-2005-PA)–2007	581
4.12 Caso Nextel 2 (STC 4223-2006-AA-TC) – 2007	587
4.13 Caso Cuenca del Mazán (STC 1206-2005-PA-TC) – 2007	591
4.14 Caso la Recoleta (STC 6550-2006-PA/TC) – 2007	603
4.15 Caso río Chira (Resolución 10216-2006-AA) – 2008	605
4.16 Caso Cerro Verde (STC 9340-2006-PA) – 2008	607
4.17 Caso Cordillera Escalera (STC 3343-2007-PA) - 2009	611
4.18 Caso Parque Castilla (STC 1757-2007-PA) – 2009	626
4.19 Caso Importación de vehículos usados (STC 5961-2009-PA) - 2010	632
4.20 Caso Minera Yanacocha S.R.LTDA (RTC 1893-2009-PA)- 2011	637
4.21 Caso Federación Nativa de Madre de Dios (RTC 1528-2010-PA)-2011	642
4.22 Caso Asociación Protectora de Animales y Reservas Ecológicas - OTIMAK (STC 3341-2010-PA) - 2011	646
4.23 Caso Sedapal y Proyecto Interceptor Norte (RTC 5111-2008-PA) - 2011	649
4.24 Municipalidad Distrital de Barranquita (STC 323-2011-PA) - 2011.....	657
4.25 Caso Busé Thorne y otros (RTC 1399-2011-PA) - 2011	665
4.26 Caso Gobierno Regional del Cusco y otro (STC 1939-2011-PA) - 2011	669
4.27 Caso Dragas Mineras (STC 0316-2011-PC) - 2012	679

CONCLUSIONES..... 684

Sobre el derecho al medio ambiente 685

Sobre el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales..... 695

Sobre el proceso de amparo, sus aspectos generales y problemas identificados 700

Sobre la tutela procesal del derecho al medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 722

BIBLIOGRAFÍA 737





1. Preliminar

1.1 Origen del trabajo de investigación

El presente trabajo contiene la Tesis para obtener el grado académico de Doctor en Derecho por la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que se empezó a desarrollar en los cursos del Doctorado “Seminario de Tesis 1” y “Seminario de Tesis 2”, en los semestres académicos 2010-1 y 2010-2, respectivamente, y que estuvieron bajo la dirección de los docentes César Fernández Arce, Mario Castillo Freyre y Julio Durand Carrión. Durante ambos cursos se perfiló el tema central de la investigación y se avanzó en su contenido de forma considerable, dado que este era un requisito para la aprobación del curso. El contenido de la investigación fue enriquecido con los comentarios de los docentes y los demás compañeros participantes del Seminario.

El hecho que durante ambos cursos del Doctorado y el posterior desarrollo del trabajo se haya mantenido el objetivo de la investigación, ratifica que la elección del tema, el planteamiento del problema y la formulación de la hipótesis resultan consistentes como para el desarrollo de un trabajo de investigación a nivel doctoral.

1.2 Orientación del trabajo de investigación

El presente trabajo de investigación es reflejo también de las actividades del autor desarrolladas a nivel profesional y como docente universitario en las materias de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, tanto en la Pontificia

Universidad Católica del Perú como en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Como resultado de estas actividades se ha podido constatar la necesidad de elaborar textos de análisis con una visión crítica de las instituciones constitucionales, en particular los derechos fundamentales, y procesales, con miras a formular afirmaciones y propuestas que encuentren sustento en la realidad jurídico-constitucional del país. Por ello, el trabajo refleja un estilo personal de análisis, evidenciado en trabajos de investigación previos, incluida la tesis sustentada para obtener el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional. Se ha optado, por lo tanto, por una perspectiva teórica y metodológica que facilite la comprensión de los temas en atención a los objetivos de la investigación, con el debido rigor académico que exige una tesis doctoral.

Del mismo modo, esta tesis continúa nuestra trayectoria a favor del desarrollo de esta modalidad de investigación, que anteriormente empleamos para la obtención del Título de Abogado¹ como del grado académico de Magíster en Derecho Constitucional².

2. Planteamiento del problema

Para plantear un problema de investigación se deben tomar en cuenta tres elementos relacionados entre sí: el objetivo de la investigación, las preguntas de la investigación y la justificación del estudio (Hernández, Fernández y Baptista 2003: 13).

¹ La tesis sustentada para obtener el Título de Abogado fue “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú” (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006).

² La tesis sustentada para obtener el grado académico de Magíster fue “Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio” (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009). Esta tesis fue posteriormente publicada en el año 2012.

2.1 Objetivo de la investigación

La presente investigación tiene por objetivo analizar si el proceso de amparo en el Perú constituye un mecanismo de protección judicial efectivo del derecho fundamental al medio ambiente. Este objetivo se enmarca dentro de los criterios que deben ser observados para plantear un problema de investigación, cuales son: i) la existencia de dos o más variables, y, ii) la posibilidad de prueba empírica (Hernández, Fernández y Baptista 2003: 10-11).

En el caso de nuestra investigación, se contemplan dos variables. La primera está constituida por las características esenciales del proceso de amparo para que pueda ser calificado como un mecanismo efectivo de protección de derechos fundamentales. La segunda es el análisis, a propósito de casos concretos y emblemáticos que han llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional peruano, sobre la efectividad del amparo para la resolución de controversias relacionadas con el mencionado derecho fundamental.

Asimismo, esta investigación puede ser analizada empíricamente, es decir, a partir de datos de la realidad, pues la investigación tiene como uno de sus componentes centrales el análisis de las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú respecto a controversias relacionadas con la protección del derecho al medio ambiente a través del proceso amparo.

2.2 Pregunta de la investigación

La pregunta central de la investigación es la siguiente: ¿el proceso de amparo constituye en el Perú un mecanismo efectivo de protección del derecho fundamental al medio ambiente equilibrado y adecuado reconocido en el artículo 2º, inciso 22º, de la Constitución Política?

2.3 Justificación del estudio

Para explicar la justificación del estudio seguiremos los siguientes criterios: la conveniencia del estudio, su relevancia social, las implicaciones prácticas, el valor teórico y la utilidad metodológica (Hernández, Fernández y Baptista 2003: 15).

2.3.1 Conveniencia

En las últimas décadas se ha desarrollado un particular interés por parte de los Estados en adoptar medidas orientadas a garantizar el medio ambiente. Entre tales medidas se encuentra el reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente, y el establecimiento de mecanismos orientados a su protección, tanto en sede administrativa, penal como constitucional. En el caso peruano, recién en los últimos años se ha podido constatar una interesante actividad de los litigantes para plantear a través de los procesos constitucionales controversias orientadas a la protección del derecho al medio ambiente. A propósito de las demandas presentadas y de las respuestas dadas a nivel de las diferentes instancias jurisdiccionales, incluyendo al Tribunal Constitucional, se han

identificado diversos temas de interés para el análisis, en particular si realmente resulta eficaz la tutela procesal que se ofrece a través del proceso de amparo, tanto a partir del marco normativo que regula sus instituciones, como de la forma en que las mismas son aplicadas por los operadores jurídicos.

El presente trabajo se enmarca dentro de esta perspectiva pues, a partir de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano, busca analizar el desarrollo jurisprudencial del proceso constitucional de amparo con relación a la protección del derecho al medio ambiente.

La inquietud académica por estudiar este tema surgió como consecuencia de una revisión preliminar de las sentencias del Tribunal sobre este tema, a propósito de diversas actividades docentes y profesionales, que permitió identificar problemas relacionados con el uso de las instituciones del proceso constitucional de amparo para proteger el derecho al medio ambiente, los que se vuelven más graves si tomamos en cuenta que nos estamos refiriendo al supremo intérprete de la Constitución, cuyas decisiones constituyen lineamientos jurisprudenciales a ser observados en forma obligatoria por los demás órganos jurisdiccionales del Estado.

En consecuencia, la utilidad de la investigación puede ser vista desde tres ámbitos. En primer lugar, busca analizar la labor jurisprudencial desempeñada en materia de protección de uno de los derechos fundamentales de mayor importancia en la actualidad. En segundo lugar, la jurisprudencia a analizar será la del Tribunal Constitucional, órgano que es considerado como el supremo intérprete de la Constitución y cuyas decisiones constituyen precedente de observancia obligatoria para

todos los demás tribunales del país. Finalmente, el trabajo se centra en el análisis de jurisprudencia en materia constitucional, dada su trascendencia como fuente del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

2.3.2 Relevancia social

El derecho al medio ambiente es un derecho fundamental reconocido en la Constitución peruana de 1993 y los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano. Se trata de un derecho indispensable para el desarrollo de la sociedad en su conjunto, que tiene una trascendencia que va más allá del ámbito individual, en atención a su dimensión esencialmente colectiva. Dado este doble carácter, debe ser objeto de una protección jurisdiccional adecuada ante cualquier tipo de amenaza o violación.

La importancia de este derecho se ve reforzada, además, por la invocación constante que desde hace algunos años se viene realizando en diferentes zonas del país respecto a actos concretos que estarían afectando el medio ambiente, relacionados con determinadas actividades económicas, situación que ha dado lugar a diversos conflictos sociales. Ante ello, la posibilidad de evitar o reducir estos conflictos con pronunciamientos oportunos por parte de las autoridades judiciales ante las demandas que se presenten es una posibilidad que no puede ser descartada, aunque para ello se hace necesario evaluar las verdaderas razones que impiden que en los hechos esto ocurra, en gran medida por los problemas identificados en el desarrollo del proceso constitucional de amparo.

2.3.3 Implicancias prácticas

La evaluación sobre el desarrollo de los procesos de amparo para la protección del derecho al medio ambiente tiene una importante implicancia práctica. Si tales procesos no resultan efectivos e idóneos, cabe concluir que el derecho al medio ambiente carece de una tutela procesal adecuada en el país ante acciones u omisiones que sean contrarias a su contenido.

Por eso, este trabajo pretende identificar los problemas presentes en el desarrollo del proceso constitucional de amparo para la tutela del derecho al medio ambiente y que podrían dejar sin una efectiva protección dicho derecho. En caso afirmativo, se plantearán recomendaciones para que tal situación pueda ser revertida, de modo tal que se lleve a cabo una mejora en la tutela jurisdiccional del mismo, sea a través de modificaciones normativas o de cambios en la forma en que las autoridades jurisdiccionales aplican las normas de alcance procesal vigentes.

2.3.4 Valor teórico

En el Perú, son pocos los trabajos de investigación que analizan el desarrollo de los procesos constitucionales con relación a algún derecho en particular –en nuestro caso, respecto al medio ambiente-, a partir del cual se deduzcan los aspectos positivos o negativos sobre tales procesos. En consecuencia, consideramos que nuestro trabajo podría servir de referencia para el desarrollo de posteriores investigaciones en una similar línea de análisis, que tome como referencia no sólo el estudio de la legislación

procesal constitucional (aspecto formal) sino también la evaluación concreta sobre el desarrollo de tales procesos en la realidad, a partir de casos resueltos por las más altas instancias jurisdiccionales.

2.3.5 Utilidad metodológica

Este trabajo ha sido realizado en base a un método que no es extraño en el campo de la investigación jurídica, pero que sí resulta novedoso en el ámbito de las investigaciones nacionales sobre la jurisprudencia de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales. Si bien su objetivo central es el análisis de la efectividad del proceso constitucional de amparo, esta investigación puede servir de referencia para trabajos que se realicen más adelante sobre el desarrollo de este proceso para la tutela de derechos distintos al medio ambiente.

3. Marco teórico, referencial o conceptual

Este marco implica exponer la perspectiva de análisis, las teorías, las investigaciones y los antecedentes que se consideren válidos y necesarios para perfilar el estudio. Comprende dos etapas: a) la revisión de la literatura existente y, b) el desarrollo de una perspectiva teórica o la adopción de una teoría en particular (Hernández, Fernández y Baptista 2003: 22-23).

Como premisa para el desarrollo del marco teórico, corresponde señalar que este trabajo de investigación se ubica en el campo de los estudios de Derecho, en particular de las ramas denominadas Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, cuyo

objeto de estudio, respectivamente, son los derechos e instituciones reconocidas como las bases fundamentales de un Estado, y los procesos constitucionales. Entre esos derechos se encuentra el medio ambiente equilibrado y adecuado y, entre esos procesos, el amparo. Esta tesis, por lo tanto, refleja la importancia de conocer aspectos sustantivos relacionados con los derechos fundamentales, para evaluar la eficacia de los mecanismos procesales previstos para su protección.

3.1 Revisión de la literatura existente

La búsqueda de información relacionada con nuestro tema de investigación se centró en las siguientes fuentes: libros, artículos de publicaciones seriadas, tesis y sentencias del Tribunal Constitucional del Perú.

3.1.1 Libros y artículos de revistas

La revisión de estas fuentes ha tenido por objetivo ubicar textos que aborden principalmente las siguientes materias: el contenido del derecho al medio ambiente y el proceso constitucional de amparo. Buena parte de estas fuentes fue ubicada en la Biblioteca Central de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en diversas páginas web que contienen textos completos de libros y revistas.

Sobre el contenido del derecho al medio ambiente desde una perspectiva constitucional, lo que más existe son artículos del derecho comparado. A nivel nacional la literatura es casi inexistente. Si bien existen trabajos sobre Derecho Ambiental, la referencia en estos

al análisis del citado derecho con un enfoque propio del Derecho Constitucional es escasa.

En cuanto al proceso de amparo la realidad es otra, pues se trata de un proceso que ha sido desarrollado de forma amplia en el derecho comparado (en especial Argentina, Colombia, España y México). A nivel nacional, su desarrollo se ha dado más respecto a temas generales, como sus objetivos y principales características.

3.1.2 Tesis

No fue identificada ninguna tesis nacional sobre Derecho Constitucional relacionada con el derecho al medio ambiente. Por el contrario, se identificaron algunos trabajos relacionados con el proceso de amparo, en especial a nivel de pregrado.

Sin embargo, sí fueron ubicadas tesis relacionadas con el Derecho Ambiental, que han sido empleadas para el análisis de determinados temas, como los principios aplicables para el estudio de esta disciplina y el desarrollo del Derecho Internacional en torno al medio ambiente.

3.1.3 Sentencias del Tribunal Constitucional

Se revisaron sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú entre los años 1996 y 2012, disponibles en diversos compendios jurisprudenciales y en la página web del Tribunal. Como consecuencia de esta revisión se identificó un conjunto de decisiones emblemáticas sobre controversias relacionadas con el derecho al medio

ambiente, que constituyeron la base para el análisis del desarrollo del proceso de amparo respecto al tema central de nuestra investigación. Se ha buscado ser selectivo, por lo que este trabajo no debe ser visto como orientado a dar cuenta de todos los fallos del Tribunal sobre el medio ambiente sino sólo sobre aquellos que trataron temas de especial importancia o que establecieron criterios que posteriormente fueron seguidos por otras sentencias, o que permiten identificar los problemas centrales que aborda esta investigación.

3.2 Perspectiva teórica

A continuación presentamos el enfoque teórico de los principales temas que son desarrollados en nuestro trabajo de investigación.

a) Contenido del derecho al medio ambiente

El análisis de la protección de los derechos fundamentales a través del proceso constitucional de amparo requiere de la previa comprensión y conocimiento de los conceptos jurídico-constitucionales relacionados con estos derechos, los cuales se aplican de forma general para todos ellos, con las particularidades relacionadas con su contenido específico. En atención a ello, de forma previa al estudio del proceso de amparo como mecanismo de tutela del derecho al medio ambiente, corresponde identificar las características principales de este derecho, lo cual permitirá un mejor análisis de los alcances y limitaciones del amparo.

En cuanto a la dogmática sobre derechos fundamentales, hemos optado por identificar los temas más relevantes para nuestra investigación. Desde una perspectiva teórica, reconocemos el derecho al medio ambiente como un derecho fundamental, cuyo sustento es el principio de solidaridad, respecto al cual existen obligaciones específicas de los Estados, cuales son las de respeto y garantía. A diferencia de otros derechos, no consideramos apropiado emplear el concepto de límites o restricciones al ejercicio del medio ambiente, en particular porque no se trata en sí de un derecho que se ejerce, aunque es bueno señalar que tampoco existe mucha claridad en cuanto a sus reales alcances.

Con este enfoque, nuestro trabajo de tesis doctoral constituye uno de los primeros esfuerzos realizados a nivel nacional para desarrollar el derecho al medio ambiente a partir de las categorías o conceptos desarrollados desde la teoría general de los derechos fundamentales.

b) Fundamentos del proceso de amparo

El estudio de toda institución jurídica debe empezar por identificar sus fundamentos, es decir, las razones que justifican su importancia y el reconocimiento especial que recibe en un ordenamiento jurídico. En el caso del proceso de amparo, su estudio y análisis no puede partir de considerarlo simplemente como uno de los procesos reconocidos en los textos constitucionales. Se requiere poner especial atención a las teorías que se han elaborado respecto a sus fundamentos. Sin embargo, esta no es una labor sencilla debido a que la doctrina, tanto nacional como comparada, ha prestado poca atención a este tema. Por ello, uno de los objetivos de nuestra investigación se orienta a identificar el

fundamento de este proceso constitucional, que a nuestra consideración lo constituye el derecho fundamental a la protección judicial de derechos fundamentales, reconocido principalmente a través de la jurisprudencia constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, consideramos que uno de los aportes de nuestra investigación doctoral lo constituye proponer a nivel de la doctrina nacional un planteamiento sobre los fundamentos del proceso de amparo, que vaya más allá de las menciones generales que se suelen plantear en torno a su carácter excepcional o subsidiario.

c) El amparo como proceso constitucional

El proceso de amparo es un proceso constitucional que tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales frente a actos lesivos (acciones u omisiones) que los amenazan o vulneran. En atención a su objetivo, debe reunir determinadas características, como ser idóneo y efectivo, que incluso han sido reconocidas a nivel de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

El estudio de las instituciones procesales del amparo se realiza dentro de la disciplina conocida como Derecho Procesal Constitucional. Sin embargo, la denominación de la misma no debe llevar a pensar que el amparo tiene que ser estudiado únicamente desde la perspectiva del Derecho Procesal o la Teoría General del Proceso, pues para su adecuada comprensión requiere un enfoque de análisis a partir del Derecho Constitucional. Por ello, en el presente trabajo nos adscribimos a la tesis del Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado, en tanto

entendemos que los procesos constitucionales tiene un objetivo sustentando en la defensa de los derechos fundamentales, sin cuya cabal comprensión resulta imposible el estudio y comprensión del amparo como proceso constitucional.

d) Tendencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional

El reconocimiento de la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales constituye una premisa esencial para este trabajo. En aquellos países en donde los tribunales constitucionales han estado a la altura de las exigencias de la realidad, su labor en este campo ha sido decisiva. En el Perú, esta importante presencia sólo ha empezado a sentirse desde mediados del año 2002, cuando las decisiones del Tribunal empezaron a contar con un análisis jurídico respaldado en modernos criterios de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales.

Esto ha dado lugar a un especial interés en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque el número de artículos de análisis no concuerda con el número de decisiones emitidas y los temas de importancia desarrollados por el Tribunal. Además, estos trabajos suelen estar referidos a casos particulares, sin que existan evaluaciones globales sobre el razonamiento jurídico empleado por el supremo intérprete de la Constitución a propósito de un tema en particular, que comprenda además el análisis de las sentencias emitidas en un período de tiempo determinado.

Desde esta perspectiva, no es posible afirmar que haya una perspectiva teórica en el ámbito nacional que, a partir de evaluar la tendencia jurisprudencial del Tribunal

Constitucional, llegue a conclusiones sobre la relación entre los procesos constitucionales y los derechos fundamentales.

4. Hipótesis de trabajo

En términos generales, las hipótesis “nos indican lo que estamos buscando o tratando de probar y pueden definirse como explicaciones tentativas del fenómeno investigado formulado a manera de proposiciones” (Hernández, Fernández y Baptista 2003: 76).

Tomando en consideración esta premisa y a partir de los objetivos y las preguntas de la investigación que hemos explicado, nuestra hipótesis de trabajo es la siguiente:

“El proceso constitucional de amparo en el Perú presenta un conjunto de problemas, identificables a nivel normativo y a través del desarrollo de la jurisprudencia, que impiden que a través del mismo se pueda obtener una tutela judicial efectiva del derecho fundamental al medio ambiente equilibrado y adecuado”.

5. Marco metodológico

A continuación describiremos las siete (7) etapas de desarrollo de nuestra investigación:

- i. *Identificación del contenido del derecho fundamental al medio ambiente equilibrado y adecuado*: Esta etapa permitió identificar los elementos que conforman el contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente. Para tal efecto se utilizaron libros y artículos de revista relacionados con la teoría general sobre derechos fundamentales y con el tema específico del derecho al medio ambiente.

- ii. *Identificación de los fundamentos del proceso constitucional de amparo:* Esta etapa permitió identificar la información esencial para explicar los fundamentos del mencionado proceso, como lo es el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales. Para tal efecto se utilizó normativa, doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada.
- iii. *Identificación de las fuentes para el estudio del proceso de amparo:* Esta etapa permitió identificar el contenido de tales fuentes, su relevancia para el análisis del proceso, así como el papel que corresponde a la Constitución, la legislación y la jurisprudencia en torno a la tutela de los derechos fundamentales a través del amparo. Del mismo modo, se pudo evaluar si a nivel de las fuentes formales del Derecho existe algún desarrollo particular sobre la protección del medio ambiente a través del proceso de amparo.
- iv. *Identificación de las principales instituciones procesales relacionadas con la tutela del derecho al medio ambiente a través del proceso de amparo:* Entre tales instituciones se encuentran los presupuestos procesales, la legitimación activa, los mecanismos para el cumplimiento de las sentencias, entre otros. Para identificar estas instituciones se utilizó la doctrina y legislación nacional y comparada y, de modo particular, la jurisprudencia. Por ello, en el presente trabajo no se analizan todas las instituciones relacionadas con el proceso de amparo, pues ello escapa a los objetivos de la investigación, sino sólo aquellas que presentan una especial relevancia para la tutela procesal del derecho al medio ambiente.

- v. *Identificación de las decisiones del Tribunal Constitucional relacionadas con la protección del derecho al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo:* De la revisión de la jurisprudencia del Tribunal, se encontraron diversos casos que justifican –y han motivado– el desarrollo de esta investigación. Para esta etapa de la investigación se utilizó la información disponible sobre la jurisprudencia del Tribunal, tanto en su propia página web como en compendios jurisprudenciales.
- vi. *Análisis de las sentencias seleccionadas del Tribunal Constitucional en materia de protección del derecho al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo:* Este análisis se realizó a partir de los fundamentos del proceso de amparo, sus fuentes y principales instituciones, previamente analizados en etapas anteriores. A propósito de las sentencias seleccionadas se ha buscado también identificar información sobre los hechos concretos que dieron lugar a la controversia, de modo tal que ello permita comprender los reales alcances de una sentencia respecto a problemas que tienen una singular complejidad.
- vii. *Identificación de las conclusiones de la investigación:* Sobre la base de la información recopilada y analizada en las etapas anteriores, se procedió a determinar las conclusiones del trabajo de investigación.

6. Estructura del trabajo

Tomando como base el objetivo central y la hipótesis de trabajo de la investigación, ésta se encuentra dividida en cuatro capítulos³.

Como corresponde, antes de evaluar la protección judicial de un derecho, se debe conocer el contenido del mismo. Desde esta perspectiva, el Capítulo 1 está dedicado al análisis del fundamento y contenido del derecho al medio ambiente, reconocido en el artículo 2° inciso 22° de la Constitución de 1993, en la perspectiva de evaluar en qué casos procede interponer una demanda de amparo para garantizar su protección, tomando en consideración los presupuestos procesales que deben ser observados en este proceso.

En el Capítulo 2 se aborda el contenido y alcance del derecho fundamental a la protección judicial de los derechos fundamentales, que constituye el fundamento de los procesos constitucionales de defensa de tales derechos. En este capítulo se describen los fundamentos del mencionado derecho, su reconocimiento constitucional e internacional, así como se identifican los actos lesivos más frecuentes a su ejercicio y se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. Es objetivo de esta segunda parte demostrar que el proceso de amparo, así como el hábeas corpus y el hábeas data, constituyen una manifestación o concretización del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, por lo que deben cumplir determinadas características, de

³ En el esquema original de la investigación, expuesto en las primeras sesiones del Curso Seminario de Tesis 1, el trabajo estaba estructurado únicamente en dos capítulos. En el trabajo final de dicho curso, quedó en claro que el trabajo debía ser dividido en cuatro, para una mejor delimitación de los temas a tratar.

modo tal que resulten adecuados y eficaces para alcanzar dicha protección, perspectiva desde la cual debe ser analizado todo el marco normativo y jurisprudencial que desarrolla tales procesos.

Luego de haber explicado los fundamentos constitucionales del proceso de amparo, en el Capítulo 3 se analizan las principales instituciones de dicho proceso, de modo particular aquéllas que permitirán en el siguiente capítulo evaluar el grado de tutela procesal que a través del mismo se otorga al derecho al medio ambiente. Por ello, el capítulo se centra en evaluar el marco normativo y jurisprudencial actualmente existente sobre determinadas instituciones procesales.

Tomando en cuenta lo anterior, en el Capítulo 4 se evalúa el grado de tutela procesal que recibe el derecho al medio ambiente en nuestro país a través del proceso de amparo. Para tal efecto, se toman como referencia las decisiones seleccionadas del Tribunal Constitucional que se relacionan con este derecho.

Como corresponde, el trabajo finaliza con la presentación de nuestras conclusiones sobre la investigación realizada y la relación de la bibliografía empleada.

Lima, 18 de agosto del 2012

CAPÍTULO 1: DERECHO AL MEDIO AMBIENTE



El objetivo del presente trabajo de investigación es analizar la protección constitucional del derecho al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo. Sin embargo, de forma previa al estudio de la relación entre este proceso y el citado derecho es importante aproximarnos a los aspectos centrales de este último, pues como se expondrá en los siguientes capítulos, las particularidades que el amparo presenta para su protección guardan relación con su contenido, que a comparación de otros derechos, no resulta del todo claro y preciso. Por ello, en el presente capítulo se realizará una presentación sobre los fundamentos y contenido del derecho al medio ambiente, su reconocimiento nacional e internacional, y las obligaciones del Estado relacionadas con su respeto y garantía.

1.1 Fundamentos y generaciones de derechos fundamentales

Las expresiones derechos fundamentales o derechos humanos son empleadas para hacer referencia a un conjunto de derechos de particular importancia, esenciales para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. Se trata de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas (Pérez Luño 1995: 48).

El estudio de los derechos fundamentales debe empezar por identificar sus fundamentos, labor que no es sencilla pues no existe una posición uniforme en torno a qué se entiende como tales y porque esta materia ha sido abordada desde diferentes disciplinas, como por ejemplo, la Filosofía del Derecho, e incluso el propio Derecho Constitucional, lo que ha dado lugar a la elaboración de diversas teorías, siendo las más reconocidas la iusnaturalista, la historicista, la pragmática y la positivista.

La *teoría iusnaturalista* sustenta los derechos humanos en la naturaleza del ser humano: “Esta teoría sostiene la existencia de un derecho natural, consistente en un ordenamiento universal que se deduce de la naturaleza humana, de donde se derivan derechos naturales como facultades que ostentan la persona como reflejo de un cierto orden normativo natural” (Nogueira 2003: 11). Al explicarse los alcances de esta teoría, se suelen emplear las expresiones derechos naturales y derechos morales:

Los derechos naturales se enmarcan en el iusnaturalismo del siglo VIII y se caracterizan por ser una forma de limitación del poder soberano sobre la base de ciertos derechos universales, inalienables e imprescriptibles, vinculados a la persona y anteriores a la vida en sociedad. Se trata de derechos con pretensiones de universalidad e independientes de su consagración positiva. Los derechos morales, por su parte, se han utilizado principalmente dentro de la cultura anglosajona en la segunda mitad del siglo XX. Se caracterizan por ser una forma de limitación del poder soberano de las mayorías, recurriendo a la idea de derechos anteriores fundados en principios morales válidos. Los derechos morales se distinguen de los naturales en su reconocimiento y protección por medio de estipulaciones constitucionales. Por tanto, son derechos que la Constitución convierte en jurídicos, en cambio, los derechos naturales se fundan en cuestiones meta-jurídicas (fe, razón, entre otros) y no en normas jurídicas. (Nash 2010: 66)

Por su parte, la *teoría historicista* establece como fundamento de los derechos humanos su reconocimiento o aceptación histórica, que se da de forma progresiva a lo largo de diversos procesos:

En esta concepción los derechos humanos manifiestan un carácter variable y relativo a cada contexto histórico que las personas tienen de acuerdo con el desarrollo de una determinada sociedad. Ello genera dos consecuencias claramente distinguibles: a) Los derechos son históricos, variables y relativos, y b) Los derechos tienen un origen social, son el resultado de la evolución y desarrollo de la sociedad. El fundamento de los derechos humanos, de acuerdo con esta concepción no se encuentra en la naturaleza

humana, sino en las necesidades sociales y las posibilidades de darles satisfacción en la sociedad. (Nogueira 2003: 40)

De otro lado, la *teoría pragmática* centra el fundamento de los derechos fundamentales en la necesidad de su protección, siendo Bobbio uno de los pensadores más reconocidos de esta tendencia:

Bobbio dice que no puede haber un fundamento absoluto de derechos que son históricamente relativos. El problema que se nos presenta –añade– no es filosófico, sino jurídico, y en sentido más amplio, político. Para Bobbio, no se trata tanto de saber cuáles y cuántos son los derechos humanos, ni cuál es su naturaleza o fundamento, o si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, y para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean violados continuamente. (Bidart Campos 1989: 97)

Sin dejar de reconocer que desde una perspectiva filosófica difícilmente existirá un consenso sobre los fundamentos de los derechos fundamentales, Bidart Campos opta por buscar una armonía entre los enfoques filosóficos y los prácticos:

Lo que tal vez deba lograrse, para pacificar la inquietante discusión filosófica, sea una conciliación empírica: que desde una u otra postura, con uno u otro fundamento, se coincida en que el hombre es sujeto de esos derechos (¿se podría decir que el hombre es su fundamento?) y que el régimen político debe darles vigencia sociológica en un Estado democrático. Aquí se centraría el acuerdo de base, sin que fuera necesario arribar a él desde un mismo y común fundamento filosófico tan difícil de convocar unanimidades. (Bidart Campos 1989: 98)

En la *teoría positivista*, los derechos humanos encuentran su fundamento en su reconocimiento en un ordenamiento normativo. Se trata de una perspectiva en donde el componente jurídico adquiere especial relevancia:

Positivista es toda filosofía que considera justo lo que está de acuerdo con la norma establecida positivamente.

El positivismo sostiene que los derechos fundamentales son los que deciden la voluntad del poder, aquellos que sea cual fuere su contenido se designan como derechos fundamentales. El positivismo centra su fundamento exclusivo en el Estado o en el derecho estatal, o en la voluntad del poder estatal (voluntad de los gobernantes).

Aquí no hay fundamento en la naturaleza humana, no hay valores, no hay ética, no hay ideal de derecho, como señala Bidart Campos. (Nogueira 2003: 41)

En el ámbito de las teorías positivistas encontramos el uso de expresiones como derechos públicos subjetivos y libertades públicas:

La expresión derechos públicos subjetivos se enmarca en la Alemania del siglo XIX, concretamente en el proceso de construcción de un Estado liberal. Son concebidos como prerrogativas que conceden las leyes y tienen como objetivo limitar el poder estatal (funcionarios dependientes del Estado) estableciendo ciertos límites donde el individuo no puede ser afectado. Las libertades públicas, por otra parte, surgen en el debate de Francia post revolucionaria con una clara dimensión positivista. Se caracterizan por limitar a las mayorías, estableciendo en la legislación ciertos “derechos de autonomía”, esto es, ámbitos exentos de la intervención estatal que permiten el libre desenvolvimiento individual. (Nash 2010: 66)

Cada una de las teorías mencionadas ha conocido diferentes ramificaciones y autores, por lo que no es extraño que en ocasiones los fundamentos de los derechos fundamentales aparezca como un tema confuso y de poca utilidad para la defensa efectiva de tales derechos. Para muestra de ello se puede citar el caso de la teoría iusnaturalista, que comprende diversas tendencias:

Una primera corriente iusnaturalista ontológica, que puede denominarse también aristotélico-tomista o teológica y que incluye el neotomismo contemporáneo; la segunda

constituye el iusnaturalismo racionalista y del contrato social, incluyendo las concepciones neocontractualistas; y una tercera corriente que puede considerarse como iusnaturalismo deontológico, ético o axiológico. (Nogueira 2003: 11)

Los fundamentos de los derechos humanos no constituyen un tema estrictamente jurídico, pero sí una premisa importante para los operadores jurídicos en el ámbito de los procesos judiciales relacionados con la tutela de estos derechos, en particular cuando deben ser ponderados entre sí o con otros bienes jurídico-constitucionales. La preferencia que en algunos casos adquiere un derecho cuando entra en conflicto con otros puede estar justificada en algunas de las teorías que hemos reseñado. Puede citarse, a modo de ejemplo, las dificultades que se han presentado en el caso de la tutela de los derechos sociales, cuya positivación en normas constitucionales e internacionales no se ha dado con la misma rapidez que en el caso de los derechos civiles, generándose además dudas en cuanto a su protección en sede judicial:

Pueden decirse que están fundamentados aquellos derechos en cuyo favor operan poderosas razones morales [...] Y sin embargo, puede ocurrir que a la hora de proceder a su positivación, nos encontremos con serias dificultades; puede ocurrir que existan poderosas razones de tipo económico, normalmente basadas en la noción de eficiencia, que desaconsejen la positivación de algunos derechos, por no ser incluso la mejor forma de procurar proporcionar el bien garantizado por el derecho (González Amuchastegui 1991: 50)

Junto con los fundamentos de los derechos fundamentales, aplicables de forma general a todos ellos, existen también teorías específicas aplicables a algunos de ellos. Así por ejemplo, en el caso de la libertad de expresión, el acceso a la información pública o los derechos políticos, su relación con el desarrollo de un sistema democrático sirve de

sustento al reconocimiento de su importancia, lo cual se enmarca dentro de la teoría democrática de los derechos fundamentales.

En esta misma línea expositiva sobre los fundamentos de los derechos fundamentales corresponde hacer referencia a los principios que han servido para sustentar las denominadas *generaciones de derechos*. Si bien se trata de una clasificación básicamente orientadora y pedagógica, resulta de utilidad para el objetivo de esta sección de la investigación. En este sentido, corresponde recordar que la libertad fue el principio básico orientador de los denominados derechos de primera generación (derechos civiles y políticos), mientras que la igualdad lo fue de los de segunda generación (derechos sociales), así como la solidaridad lo es de los que actualmente se conocen como derechos de tercera generación, difusos o colectivos, entre los cuales se encuentra el derecho al medio ambiente, junto con el derecho al patrimonio histórico, a la paz, al desarrollo, etc.

En el caso del derecho al medio ambiente, su estudio y análisis no puede partir de considerarlo simplemente como uno de los varios derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales. Se requiere poner especial atención a sus fundamentos, de modo tal que puedan comprenderse las razones por las que, ante un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, la decisión que se adopte estará guiada decisivamente por su particular importancia en un Estado constitucional. Sobre la complejidad de este tema se ha señalado:

La afirmación de que, a partir de su inclusión en algunas de las más recientes Constituciones, constituiría un auténtico derecho fundamental, delimitable en consecuencia desde perspectivas estrictamente jurídicoconstitucionales, debe en primer

lugar ser matizada si recordamos que, en la práctica, y pese a su reconocimiento constitucional, es un derecho de configuración legal [...]. La afirmación de que, al estar tipificado en el Código Penal el concepto de delito ecológico, estaríamos ante un fenómeno jurídico que debe incluirse dentro de los parámetros del Derecho Penal, adolece de una inevitable insuficiencia ante las considerables dosis de actividad de gestión administrativa que conlleva en la práctica. Y la afirmación de que, al tratarse de un derecho en último término atribuido a la responsabilidad inmediata de los poderes públicos, constituiría una más de las áreas de expansión del derecho administrativo, olvida su considerable proyección en ámbitos privados y/o mercantiles, e incluso su implícita dimensión en un cierto sentido “post-intervencionista”. Y por supuesto, su proyección “hacia fuera”, es decir, hacia el entorno exterior del propio sujeto, desbordando el marco limitado del principio de autonomía de la voluntad privada, dificulta su comprensión como un estricto derecho civil o privado. [...] (Porras Nadales 2001:144)

El derecho al medio ambiente ha sido abordado principalmente en función a su relevancia para que el ser humano pueda desarrollar sus actividades con normalidad, razón por la cual, un primer fundamento de este derecho es estrictamente utilitario.

En consonancia con lo anterior, se fundamenta la importancia del derecho al medio ambiente para la vigencia de otros derechos fundamentales, como la vida o la salud, que también gozan de reconocimiento constitucional e internacional, con lo cual se le da un carácter relacional, lo que origina que sus fundamentos sean los mismos de aquellos derechos con los cuales se vincula. Así por ejemplo, cuando se relaciona el derecho al medio ambiente con la salud se aprecia la relación con los fundamentos que sustentan los derechos sociales, a la vez que con los problemas que ha tenido el reconocimiento y protección de estos derechos: “El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables a los seres humanos, y si ello es así habría

que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad” (Amaya 2003: 15).

De otro lado, existen autores para quienes el principio de solidaridad constituye el fundamento de este derecho, que a su vez –como se ha indicado- es el fundamento central de los denominados derechos de tercera generación:

Si la **libertad** fue el valor guía de los derechos de primera generación, como lo fue la **igualdad** para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de tercera generación tienen como principal valor de referencia a la **solidaridad**. Los nuevos derechos humanos se hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidad a escala planetaria. Sólo mediante el espíritu solidario de **sinergia**, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida, o a la libertad informática. (Pérez-Luño 1991: 210-211)

Nosotros compartimos las tesis formuladas hasta el momento respecto a los fundamentos del derecho al medio ambiente, tanto en su papel utilitario para el desarrollo de las actividades del ser humano, por su relación con otros derechos fundamentales y como concretización del principio de solidaridad. Será nuestro objetivo, al continuar con nuestra investigación, evaluar si el Tribunal Constitucional peruano, al analizar las instituciones del proceso de amparo cuando es empleado para la tutela del medio ambiente, invoca alguno de los fundamentos que sustentan su reconocimiento como derechos fundamental y, a partir de ello, establece nuevas perspectivas de análisis para su empleo.

1.2 Contenido del derecho fundamental al medio ambiente

El punto de partida para el análisis jurídico de todo derecho fundamental es identificar y delimitar su contenido, aspecto esencial para la adecuada evaluación de los presupuestos procesales que corresponden ser analizados cuando se da inicio a una demanda de amparo orientada a su protección. La precisión sobre los alcances del derecho fundamental al medio ambiente implica asumir en esta parte del trabajo una perspectiva de análisis propia del Derecho Constitucional, en particular de la Teoría de los Derechos Fundamentales.

1.2.1 Elementos para delimitar el contenido de los derechos fundamentales

Delimitar el contenido de un derecho fundamental implica determinar aquellas facultades que lo integran o caracteres que lo prefiguran frente a los demás (Aba 2001: 30-31). En este sentido, se entiende por delimitación de un derecho fundamental el ámbito máximo de extensión de este derecho, su definición jurídica, esto es, la determinación de las facultades que, en un primer momento, la norma fundamental parece incluir en su protección (Naranjo 2000: 35).

La delimitación del contenido de un derecho fundamental es una tarea que se realiza de modo permanente, lo que permite perfeccionar sus alcances en atención a las exigencias de la realidad. Como ha señalado el Tribunal Constitucional peruano, “los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden

y deben desarrollarse, proyectando su vis expansiva a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones”⁴.

Respecto a los elementos que deben tomarse en cuenta para delimitar el contenido de un derecho fundamental se ha señalado:

[La] delimitación del derecho puede comprender tres componentes: un elemento subjetivo, un elemento sustantivo y, finalmente, un elemento formal. Llamamos elemento subjetivo de la delimitación del derecho fundamental al conjunto de sujetos activos y pasivos del mismo. Se establece así quién puede ser titular del derecho fundamental y frente a quién se puede ejercer, a quién obliga. El elemento objetivo del ámbito del derecho, por su parte, haría referencia al objeto del derecho, conjunto de facultades o ámbito de inviolabilidad que éste otorga a sus titulares. Finalmente, el elemento formal, lo constituyen las garantías específicas que pueda poseer, en su caso, el derecho fundamental. (Naranjo 2000: 35)

En consecuencia, para delimitar el contenido de un derecho fundamental se deben considerar los siguientes aspectos:

- Titularidad del derecho (identificación del sujeto activo).
- Autoridad, funcionario o persona que está obligada a realizar una determinada conducta respecto a ese derecho (identificación del sujeto pasivo).
- Facultades de actuación o de prestación que se derivan del derecho.
- Garantías específicas del derecho.

A modo de ejemplo de la forma en que se aplican tales criterios, se puede citar el caso del derecho de acceso a la información pública, reconocido en el artículo 2º inciso 5º de

⁴ Sentencia 1124-2001-AA/TC (caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL), publicada el 11 de setiembre del 2002, fundamento 8.

la Constitución de 1993, respecto al cual el sujeto activo es toda persona, el sujeto pasivo lo es toda autoridad o funcionario que tiene en su poder información pública, la facultad concreta consiste en acceder a cualquier tipo de información que se encuentra en las entidades del Estado y entre sus garantías se encuentra que la información que se le entregue sea cierta, clara y completa. La aplicación de este derecho respecto al tema de nuestro trabajo se manifiesta en el acceso a la información pública sobre temas ambientales, con miras a una mayor participación ciudadana en la decisión estatal de autorizar actividades económicas que tengan impacto en el medio ambiente.

La delimitación del contenido de los derechos fundamentales, por lo tanto, constituye una labor que debe permitir identificar cuáles son las conductas personales o prestaciones protegidas por estos derechos a través de la Constitución. En este ámbito, la jurisprudencia cumple un papel trascendental:

[...] cometeríamos un error si seguimos considerando que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene carácter cerrado y que puede determinarse a priori, de manera abstracta, prescindiendo de las concretas circunstancias que rodean a cada caso judicial. Todo lo contrario. El contenido constitucional de los derechos posee un carácter más bien abierto; es decir, que atendiendo a las circunstancias el juez deberá, o no, enriquecer el contenido y alcances del derecho que está sujeto a interpretación. En otras palabras, un Estado no podría ofrecer una adecuada protección a los derechos fundamentales a sus ciudadanos de manera abstracta si el contenido de cada derecho se encontrara ya definido en la jurisprudencia de sus tribunales, con carácter inmutable, pétreo, para la solución de todos los casos por igual con idénticos resultados [...] (Håkansson 2009: 433)

En algunos casos, las normas constitucionales contienen disposiciones que delimitan en sentido negativo el contenido de un derecho, es decir, hacen referencia a algunas facultades que no reciben protección constitucional. Así por ejemplo, en el caso

español, el artículo 21° inciso 1° de la Constitución de 1978 señala que no forma parte del derecho de reunión las manifestaciones que se realicen con violencia o con armas ; y el artículo 22° inciso 5° establece que no quedan protegidas por el derecho de asociación las organizaciones paramilitares (Aba 2001: 31).

De otro lado, es importante anotar que el contenido de los derechos fundamentales es denominado por un sector de la doctrina como límites internos o intrínsecos de los mismos, expresiones que en algunos casos podrían llevar a confusiones innecesarias. Recordemos que la expresión *límites a los derechos fundamentales* alude a las medidas que restringen algunas de las facultades que se derivan del contenido constitucional de tales derechos. Por su parte, los denominados límites internos o intrínsecos de un derecho fundamental “no restringen las facultades que integran el derecho, no reducen ninguno de sus elementos jurídicos sino que, por el contrario, sirven para construirlo, definiéndolo o delimitándolo aunque sea desde una perspectiva negativa, señalando lo que no forma parte de su contenido” (Aba 2001: 32).

1.2.2 Contenido del derecho fundamental al medio ambiente

Para delimitar jurídicamente el contenido de un derecho fundamental se debe tomar como referencia, en primer lugar, lo dispuesto en los textos constitucionales. Sin embargo, lo más frecuente es que estos se limiten a reconocer los derechos, sin precisar mayores alcances sobre su contenido. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de la Constitución peruana de 1993 y su reconocimiento del derecho al medio ambiente, pues el artículo 2°, inciso 22°, se limita a señalar que toda persona tiene derecho a “la paz, a

la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

El hecho que un texto constitucional no señale mayores aspectos relacionados con el contenido del derecho al medio ambiente implica un reto para los operadores jurídicos.

Al comentar el citado artículo de la Constitución peruana, Alegre señala:

Si bien todos intuimos qué es lo ambiental y existe consenso mayoritario acerca de la importancia de protegerlo desde la perspectiva jurídica, el alcance del derecho fundamental reconocido en el artículo 2°, numeral 22°, requiere aún de la clara determinación de su materialidad y conjuntamente con ello, de las herramientas jurídicas para garantizar su cumplimiento. Por el momento, partimos de su reconocimiento como un derecho fundamental y, por ende, asociado a la vida y a la dignidad del ser humano; de su carácter subjetivo, público, prestacional e incluso reaccional, así como de su estructura abierta que sitúa al legislador en la posibilidad de configurar su alcance a través de las normas legales que desarrollan el mandato constitucional, sin afectar su contenido esencial. Uno de los aspectos que consideramos también fundamentales para entender su alcance es su objeto jurídico vinculado al interés público y transgeneracional, que trasciende el ámbito de lo individual y lo colectivo, de lo local e incluso, de lo generacional. (Alegre 2009: 489)

La falta de precisión sobre el contenido del derecho al medio ambiente podría llevar a que el proceso de amparo sea utilizado para hacer frente a cualquier problema relacionado con el medio ambiente, distorsionándose sus reales alcances y posibilidades de resolución de conflictos:

Tratar del derecho al medio ambiente desde la perspectiva de su protección constitucional no debe hacerse glosando el precepto constitucional de cabecera y derivando luego del mismo cualesquiera de las múltiples vertientes del tema, o haciendo acaso inventario de las distintas vías de protección, civil, penal, administrativa, así como de los instrumentos específicos de defensa que dentro de cada uno de esos

órdenes brindan las numerosas leyes sectoriales. Por el contrario, creemos que una perspectiva constitucional de este tema excusa de tal planteamiento y, lo que debe hacerse es seleccionar y estudiar los aspectos verdaderamente constitucionalizados de la materia, y sólo ellos. (López Menudo 1991: 161)

En este sentido, la delimitación del contenido del derecho al medio ambiente es una labor complicada, siendo factible afirmar que respecto a su contenido todavía no existe una definición precisa como sí ocurre con los denominados derechos civiles, políticos y sociales. La siguiente definición de la doctrina sobre este derecho refuerza nuestra afirmación:

[...] el derecho al ambiente es un derecho subjetivo de naturaleza constitucional, de configuración legal y protección judicial ordinaria. En este sentido, es algo más que un mero derecho prestacional, que también, en cuanto obliga a la Administración a velar por la conservación del ambiente y otorga a los ciudadanos el derecho de instarla —con todas las dificultades que son comunes a los derechos de esta naturaleza—, sino un derecho cuya tutela puede hacerse valer igualmente frente a cualesquiera sujetos privados. Incluso frente al legislador, que si bien goza de la discrecionalidad que le es propia para disciplinarlo, para determinar las condiciones y consecuencias de su ejercicio, no puede legiferar en una dirección opuesta a su tutela. (Delgado Piqueras 1993: 56)

La complejidad del derecho al medio ambiente se verifica también al revisar la jurisprudencia constitucional. Al respecto se puede citar el caso del Tribunal Constitucional peruano, que desde una de sus primeras decisiones en donde analizó de forma amplia el tema de su contenido, ha señalado lo siguiente⁵:

⁵ Sentencia 964-2002-AA/TC (caso Alida Cortez Gómez de Nano), publicada el 30 de setiembre del 2003. A partir de este fallo, las siguientes sentencias del Tribunal han reiterado las definiciones aquí planteadas sobre el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado.

7. La Constitución no señala el contenido protegido del derecho en referencia. A diferencia de muchos derechos constitucionales cuyo contenido protegido puede extraerse de su formulación constitucional o de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el caso del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, la determinación de ese contenido es más problemática, pues la expresión “medio ambiente” a la que implícitamente se hace referencia, como lo reconoce la doctrina y jurisprudencia comparada, tiene un contenido difícilmente delimitable, debido a que este concepto está compuesto de muchos elementos, distintos los unos de los otros.

No obstante esto, la Constitución vigente proporciona algunas características a partir de las cuales es posible determinar su contenido. En efecto, no solo se limita a señalar que es un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente (lo que desde luego no significaría gran cosa, pues todos vivimos en uno), sino que también subraya que ese “ambiente” debe ser “equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida”. Lo que significa que, desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar al medio ambiente, equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

A partir de esta premisa, que se reconoce la dificultad para delimitar el contenido del derecho que venimos analizando, el Tribunal ha indicado que la referencia constitucional al *ambiente equilibrado* permite considerar como parte de su contenido protegido⁶:

8. [...] el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico.

Tales elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria o atomizada, es decir, con referencia a cada uno de ellos considerados individualmente. Como destaca el inciso 22 del artículo 2° de la Constitución, se tiene el derecho a un medio ambiente “equilibrado”, lo que significa que la protección comprende al sistema complejo y dinámico en el que se desarrolla la vida.

⁶ Sentencia 964-2002-AA/TC (caso Alida Cortez Gómez de Nano).

En cuanto al *ambiente adecuado*, el Tribunal ha precisado⁷:

9. [...] la Constitución no sólo garantiza que el hombre se desarrolle en un medio ambiente equilibrado, sino también alude a que ese ambiente debe ser “adecuado para el desarrollo de la vida humana”, lo que se traduce en la obligación del Estado, pero también de los propios particulares, de mantener las condiciones naturales del ambiente a fin de que el ser humano viva en condiciones ambientalmente dignas. En efecto, en el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, el “derecho a un medio ambiente seguro, sano [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo.

Junto con estas definiciones, que permiten tener una aproximación al contenido del derecho, el Tribunal también ha buscado emplear referencias relacionadas con las obligaciones del Estado a favor del medio ambiente. En este sentido ha señalado⁸:

10. Tal derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales como de los derechos prestacionales. En su faz reaccional, éste se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana.

En su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales cabe mencionar la de expedir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Desde luego, no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se

⁷ Sentencia 964-2002-AA/TC (caso Alida Cortez Gómez de Nano).

⁸ Sentencia 964-2002-AA/TC (caso Alida Cortez Gómez de Nano).

afecte a ese ambiente equilibrado. El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, este Tribunal estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no sólo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan.

En consecuencia, a nivel de la jurisprudencia constitucional peruana existe un importante grado de desarrollo sobre los alcances del derecho al medio ambiente, en el que se asume las dificultades para identificar su contenido, pero no por ello se ha dejado de lado el intento por esbozar importantes ideas en torno al tema, a veces incluso haciendo referencia a las obligaciones del Estado respecto a dicho derecho fundamental.

1.2.3 Diferencia entre contenido del derecho y contenido esencial: una precisión necesaria

En este punto de la investigación corresponde hacer una breve precisión sobre la diferencia entre el contenido de un derecho fundamental, que se deriva del texto constitucional y su interpretación, respecto del denominado contenido esencial de los derechos fundamentales, pues es frecuente que se confundan ambas expresiones, lo cual, no olvidemos, resulta de especial importancia al momento de evaluar los presupuestos procesales para que proceda una demanda de amparo, pues conforme lo señala el artículo 5°, inciso 1°, del Código Procesal Constitucional, una demanda puede ser declarada improcedente si no se encuentra relacionada con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos cuya tutela se solicita.

El término contenido esencial de los derechos fundamentales ha originado diferentes debates en el derecho comparado y en nuestro medio ha sido analizado con poca profundidad, principalmente porque la Constitución no se refiere a él, aunque el Tribunal Constitucional lo ha empleado de modo frecuente, aunque en una forma un tanto confusa⁹. En términos generales, el contenido esencial es un criterio a tomar en cuenta cuando se aborda el tema de los límites a los derechos fundamentales, a efectos de señalar que la potestad del legislador para restringir estos derechos también se encuentra sujeta a límites. Alude, por lo tanto, a un límite de los límites en materia de derechos fundamentales, y no debe ser confundido con el contenido de un derecho fundamental, pues éste se define de forma previa, es decir, antes de limitar su ejercicio, precisamente con el objetivo de precisar o delimitar cuáles son las facultades que van a ser objeto de restricción:

[El] contenido esencial [de los derechos fundamentales] señala una frontera que el legislador no puede traspasar, delimita un terreno que la ley limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad. La garantía del contenido esencial es límite de los límites, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. (Otto 1988:126)

En el derecho comparado, Alemania y España contemplan en sus respectivos textos constitucionales referencias expresas al tema del contenido esencial de los derechos fundamentales, como se aprecia en el siguiente cuadro:

⁹ Se pueden revisar al respecto las sentencias 1417-2005-PA (caso Manuel Anicama Hernández) y 50-2004-AI y otros (acumulados), publicadas el 12 de junio del 2005 en el diario oficial *El Peruano*. Ambas sentencias están relacionadas con temas previsionales.

País	Texto constitucional
Alemania (Ley fundamental de Bonn de 1949)	Artículo 19º: “Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. [...] En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”.
España (Constitución de 1978)	Artículo 53º inciso 1º: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”.

Al interpretar los alcances sobre lo que ha de entenderse por el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, en el fundamento jurídico 9 de la STC 8/1981 que “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticables lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”¹⁰.

A nivel de la doctrina, se han esbozado dos teorías respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales: la relativa y la absoluta:

- La *teoría relativa* implica que el contenido esencial de un derecho fundamental únicamente es determinable con ocasión de un conflicto, surgido entre este derecho y otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Admite las regulaciones legales que limitan un derecho fundamental –y que, en consecuencia, no lesionarían su contenido esencial- en tanto sean exigidas para

¹⁰ Similar precisión ha sido realizada por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-426/92, del 24 de junio de 1992.

la protección de un bien jurídico más valioso (Naranjo 2000: 140). Complementando esta idea, para esta teoría “el contenido esencial de un derecho sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima, lo que en hipótesis podría conducir al sacrificio completo del derecho si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomendase”, por lo que la ponderación y el test de proporcionalidad son esenciales para fundamentar esta teoría (Prieto Sanchís 2002: 57).

- La *teoría absoluta* implica que el contenido esencial es una magnitud fija, que se opone a cualquier intento de limitación de un derecho. Su alcance concreto ha de ser buscado y hallado únicamente dentro del propio contenido del derecho que se intenta limitar; no siendo resultado, por lo tanto, de la interrelación entre diversos bienes constitucionalmente protegidos, sino únicamente de una búsqueda de lo que es la “esencia” del derecho limitado (Naranjo 2000: 142). Complementando esta idea, para esta teoría “existe un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso, es decir, aun cuando concurriesen razones justificatorias de su limitación o restricción: el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate” (Prieto Sanchís 2002: 57).

A nivel de la doctrina se discute si resulta útil seguir empleando el criterio del contenido esencial de los derechos fundamentales al momento de analizar los límites a su ejercicio. Al respecto se ha dicho: “en la teoría de los derechos fundamentales más reciente el aspecto clave de la actividad limitadora, ya no parece ser el respeto al

contenido esencial, y mucho menos identificado éste como un núcleo de intangibilidad [teoría absoluta], sino más bien la necesidad de justificar cualquier medida o disposición restrictiva” (Prieto Sanchís 2002: 62).

En este sentido, el denominado *test de proporcionalidad* como método para evaluar los límites a los derechos fundamentales aparece como el más objetivo y útil, siendo el respeto al contenido esencial de los mismos un criterio complementario, que principalmente nos recuerda que nunca un límite a estos derechos puede ser establecido de forma tal que impida que puedan ser ejercidos en la práctica, incluso si existiese alguna justificación que tuviese un peso de particular importancia en el proceso de ponderación. Sin perjuicio de esta consideración, cabe compartir la idea de reconocerle cierta importancia a este concepto en el análisis de los límites a los derechos fundamentales, en tanto reconocer que gozan de un contenido esencial “significa [...] argumentativamente, que las razones a favor de la limitación han de ser tanto más poderosas cuanto más lesivas resulten para el contenido del derecho” (Prieto Sanchís 2002: 61).

Por lo expuesto, la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales corresponde ser aplicada al momento de analizar los límites al ejercicio de los derechos fundamentales y no a propósito de identificar el contenido que merece protección a través de los procesos constitucionales.

1.3 Reconocimiento en textos constitucionales

Al interior de los Estados, los derechos fundamentales han sido objeto de un progresivo reconocimiento en sus respectivos textos constitucionales, en el marco del denominado proceso de positivación, el cual:

[Es considerado] como un aspecto del proceso general de formación de reglas jurídicas. Aquí la positivación de los derechos fundamentales viene entendida como su formulación normativa a través de unos preceptos emanados según los cauces formales establecidos por el principio de validez de un determinado ordenamiento jurídico.

[...] el planteamiento técnico de la positivación de los derechos fundamentales se desarrolla a través de un proceso normativo que afecta a distintos niveles de la experiencia jurídica, al ser el producto de la actuación de los grandes poderes jurídicos-políticos clásicos. A ellos, en cuanto máximos depositarios de la potestad normativa, les corresponde la competencia de contribuir a elaborar, cada uno en la esfera que le es propia, el régimen positivo de los derechos fundamentales. (Pérez Luño 1995: 52,65)

La importancia de este proceso queda hoy en día fuera de duda, siendo de especial importancia en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales se refiere:

Sin la positivación los derechos no se completan, sólo son ideales morales, valores, que no lo son plenamente hasta que no enraizan en la realidad. Así como los valores estéticos se realizan en un cuadro, en una poesía o en una escultura, este valor ético, pretensión justificada que son los derechos fundamentales, se realiza con su incorporación al Derecho positivo. Sólo tienen sentido como moralidad crítica si pretenden ser Derecho positivo, y si tienen una posibilidad, aunque sea remota, de serlo alguna vez. Si esta posibilidad no existe, no podemos hablar de derechos fundamentales. (Peces-Barba 1995: 160)

El reconocimiento de un derecho fundamental en los textos constitucionales origina consecuencias importantes desde el punto de vista jurídico, pues todo análisis

relacionado con su ejercicio deberá necesariamente tomar en consideración la existencia de otros derechos fundamentales y de aquellos bienes jurídicos que también gozan de protección constitucional, con los que puede entrar en conflicto pero con los que también debe ser armonizado. Desde el momento en que un derecho es reconocido como parte de un ordenamiento jurídico, pasa a estar delimitado por las normas constitucionales en cuanto a su contenido y limitado también por ellas en cuanto a su ejercicio: “la normas constitucionales, sin distinción, están dotadas en definitiva, de una eficacia superior a todas las demás normas que componen el orden jurídico nacional. Se trata de una eficacia abrogativa de las normas inferiores incompatibles, y constructiva del ordenamiento jurídico sucesivo” (Da Silva 2003: 253).

El reconocimiento constitucional de un derecho también le otorga una protección especial frente a las normas que sean contrarias a su ejercicio, pues pueden ser objeto de un control constitucional –a través del proceso de inconstitucionalidad- y, de ser el caso, expulsadas del ordenamiento jurídico. Se trata de una garantía que opera frente al legislador, quien al momento de regular un derecho fundamental debe respetar su contenido constitucionalmente protegido.

Dado que las normas constitucionales se limitan a reconocer de forma general los derechos fundamentales, sin precisar mayores alcances en cuanto a su contenido o los límites a su ejercicio, se requiere una especial labor por parte del intérprete constitucional, a efectos de precisar el ámbito de tutela que otorgan los derechos reconocidos constitucionalmente, así como las restricciones constitucionales de las que puede ser objeto. Esta labor no deberá llevarse a cabo con los criterios clásicos de interpretación de las normas jurídicas, sino con los criterios específicos en materia de

interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, que se han ido desarrollando a nivel de la doctrina y el derecho comparado, principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX. Los derechos fundamentales no pueden ser interpretados como derechos civiles o desde la perspectiva propia del derecho administrativo. Les corresponde una interpretación especializada, que parta de reconocerlos como elementos fundamentales del Estado Constitucional y como derechos que merecen especial protección frente a cualquier amenaza o afectación.

En algunos países, el reconocimiento en la Constitución de un derecho fundamental trae consigo una garantía especial relacionada con su regulación legal, pues para tal efecto se requiere una ley aprobada con una mayoría especial o calificada. Además, toda norma que regule un derecho fundamental debe pasar por la revisión previa de su respectivo tribunal constitucional, de modo tal que no lleguen a entrar en vigencia leyes que sean lesivas de los derechos fundamentales. Lamentablemente, ninguna de estas dos garantías ha sido prevista en el Perú para los derechos fundamentales en general.

Por lo tanto, el reconocimiento constitucional un derecho trae consigo consecuencias particularmente importantes, que deben ser observadas por el intérprete de la Constitución al momento de analizar cualquier controversia relacionada con su contenido o ejercicio. Corresponde a continuación identificar cómo se ha llevado a cabo este reconocimiento respecto del derecho al ambiente.

1.3.1 Derecho comparado

Ha sido en época reciente que los textos constitucionales de diversos países han incluido cláusulas expresas reconociendo un derecho al medio ambiente. En esta sección corresponde citar algunos de estos textos, para lo cual se seguirá un orden cronológico.

1.3.1.1 Textos constitucionales de Europa

En el caso de Europa, se debe distinguir los textos europeos en razón al año en que fueron emitidos. Así por ejemplo, textos constitucionales de la posguerra, como la Constitución de Italia de 1947, no contemplaron una referencia expresa al derecho al medio ambiente, sin perjuicio de lo cual, a través de la jurisprudencia constitucional se ha reconocido la necesidad de garantizar su protección constitucional:

La nostra Carta costituzionale [se refiere a la Constitución de Italia] non contiene riferimenti espliciti alla problematica ambientale, le ragioni di questo ritardo sono, evidentemente, storiche in quanto la questione non aveva ancora assunto la rilevanza che l'evolversi del progresso le ha assegnato. Nonostante ciò, dottrina e giurisprudenza hanno colmato il vuoto e sottolineato l'importanza costituzionale dell'ambiente attraverso l'interpretazione evolutiva di alcune disposizioni e, precisamente, dell'art. 2, dell' art. 3, dell' art. 9 , dell' art. 32 della Costituzione¹¹. Oggi giurisprudenza costituzionale consolidata considera l'ambiente alla stregua di un valore fondamentale dell'ordinamento giuridico. (Vollero 2001: 120)

En el caso de textos constitucionales aprobados en las décadas finales del siglo XX la situación varía, pues sí es posible encontrar referencias expresas al derecho al medio

¹¹ Nota del autor: Estos artículos de la Constitución de Italia están referidos al reconocimiento en general de los derechos de las personas (art. 2), la dignidad de la persona (art. 3), las obligaciones del Estado en torno a determinadas materias (art. 9) y la protección de la salud (art. 32).

ambiente. Este es el caso de la Constitución de Portugal de 1976, cuyo artículo 66° inciso 1° - ubicado en el capítulo correspondiente a los Derechos y Deberes Sociales- señala: “Todos tienen derecho a un medio ambiente de vida humano, salubre y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo”. Otros ejemplos son la Constitución suiza de 1971, la griega de 1975, las reformas de la Constitución finlandesa (a partir de 1980), holandesa (1983), Sueca (en su Instrumento de Gobierno de 1994) y alemana (artículo 20.a, introducido por la reforma del 27 de octubre de 1994) (Aguado 2001: 54).

En el caso de la Constitución de España de 1978, de bastante influencia en el texto constitucional peruano de 1979, su artículo 45° señala:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Respecto al caso español es importante señalar que el citado artículo 45° de la Constitución no se encuentra ubicado en la Sección sobre los Derechos Fundamentales, sino en la que corresponde a los Principios Rectores de la Política Social y Económica, lo cual no ha sido impedimento para su protección a través de los procesos constitucionales. Sin embargo, sobre el nivel de tutela de este derecho se ha señalado:

La protección por vía judicial ordinaria y por vía de amparo constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado arroja desiguales resultados. Siendo destacable el que se acepte sin discusión que una injerencia medioambiental puede impedir el efectivo ejercicio de algunos derechos fundamentales, se aprecia una discrepancia entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios al tomar en consideración las condiciones en que dicha injerencia sería o no constitutiva de una violación del derecho fundamental cuyo ejercicio interfiere. Resulta más progresiva la jurisprudencia desarrollada a este respecto por los Tribunales Superiores de Justicia y por el Tribunal Supremo que la seguida a este respecto por el Tribunal Constitucional, criticable en la medida que –apartándose de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo [...]– no ha tomado en consideración la relevancia de la naturaleza del derecho fundamental afectado por la injerencia medioambiental ni su importancia específica para el particular a la hora de determinar su violación. (García San José 2003: 29-30)

En este sentido, los problemas centrales relacionados con el derecho al medio ambiente se relacionan principalmente con el grado de protección efectiva que reciben por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado. En todo caso, a efectos de esta parte de la investigación corresponde señalar que las disposiciones constitucionales en Europa continental suelen limitarse al reconocimiento del mencionado derecho, junto con algunas disposiciones de alcance general, lo que en parte obedece a que se trata de textos expedidos hace varios años atrás, cuando la materia todavía no era objeto de un desarrollo constitucional más amplio, a diferencia de lo que viene ocurriendo con los más recientes textos constitucionales, muchos de ellos provenientes de América Latina.

1.3.1.2 Textos constitucionales de América Latina

América Latina es una región en donde son frecuentes los cambios de textos constitucionales. Mientras que algunos países han logrado mantener una estabilidad respecto al texto completo de los mismos –con las modificaciones parciales que siempre son necesarias–, en otros hemos asistido en años recientes a cambios sustantivos y de

importancia. Por ello, vamos a hacer mención a los textos constitucionales que actualmente se encuentran vigentes, mas no a aquellos que fueron modificados en su integridad. Como premisa importante sobre este tema se debe señalar:

En América Latina se ha generalizado en los nuevos textos constitucionales el reconocimiento del derecho de todas las personas a un ambiente adecuado, en un proceso de “enverdecimiento” de las Constituciones Políticas de esta región del mundo. Este constitucionalismo ambiental constituye una ruptura con el modelo constitucional liberal diseñado como instrumento de la revolución industrial y basado en la supremacía de la propiedad privada y el libre mercado. El constitucionalismo ambiental se orienta a la conformación de un Estado Regulador de equilibrio en la relación sociedad-mercado. (Kresalja y Ochoa 2009: 333)

En este sentido, y siguiendo también un orden cronológico, haremos mención en primer lugar a la Constitución de Chile, vigente desde 1980 pero con diversas reformas, en cuyo artículo 19° inciso 8° se señala:

La Constitución asegura a todas las personas:

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

Otra referencia importante lo constituye la Constitución de Colombia de 1991, en cuyo artículo 79° establece:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

En el caso de Argentina su texto constitucional de 1994 contiene un capítulo que lleva por título “Nuevos derechos”, en el cual se incluyen disposiciones relacionadas con los derechos de los usuarios y consumidores (artículo 42°), la iniciativa legislativa y la consulta popular para la aprobación de leyes (artículos 39° y 40°), y también un artículo específico sobre el derecho al medio ambiente (artículo 41°), cuyo texto es el siguiente:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

En época reciente, dos países de la región andina han dado nuevos textos constitucionales, con interesantes contenidos relacionados con el derecho al medio ambiente. En el caso de la Constitución de Bolivia del 2008, el artículo 33° señala: “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”. Este artículo se encuentra en la sección correspondiente a los Derechos Sociales y Económicos, en una sub sección denominada de forma expresa como Derecho al Medio Ambiente. En ella, junto con el citado artículo 33°, se incluye un

artículo de alcance procesal (artículo 34°), sobre la legitimidad para la tutela de este derecho, el cual señala: “Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente”.

En el caso del Ecuador, el texto constitucional aprobado en el 2008 dispone lo siguiente en su artículo 14°: “Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay* [...]”. Este artículo se encuentra en el Título II de la Constitución, sobre los Derechos, en el Capítulo Segundo, denominado Derechos del buen vivir, en la Sección Segunda, que lleva por nombre Ambiente Sano. Esta Sección consta de dos artículos. En el primero (artículo 14°) se realiza en primer lugar una mención al derecho, para inmediatamente agregar que “se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados”. El siguiente artículo (número 15°) establece una serie de aspectos particularmente interesantes, que actúan como garantías de índole constitucional para la protección del derecho. En este sentido, dispone determinadas obligaciones para el Estado, así como prohíbe determinadas actividades que puedan afectar el medio ambiente:

El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.

Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.

En consecuencia, el derecho al medio ambiente viene siendo reconocido como un derecho fundamental en los textos constitucionales de diversos países, apreciándose que las constituciones más recientes buscan incluir obligaciones más específicas de los Estados orientadas a su protección.

1.3.2 Constituciones del Perú

En el caso peruano, un antecedente importante sobre el reconocimiento del derecho al medio ambiente como derecho fundamental se encuentran en el artículo 123° de la Constitución de 1979, que establecía lo siguiente:

Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.

Esta disposición constitucional no se encontraba en la sección correspondiente a los Derechos Fundamentales sino en el capítulo correspondiente a los Recursos Naturales, ubicado a su vez en el Título sobre el Régimen Económico. En cuanto a su contenido, el citado artículo 123° reconocía un derecho y a la vez establecía una obligación de

alcance general para todas las personas. Asimismo, precisaba de forma expresa la obligación del Estado de prevenir y controlar la contaminación ambiental.

Si bien una de las características de la Constitución de 1993 fue reducir el contenido de los derechos fundamentales, en particular los de índole social, mantuvo el reconocimiento del derecho al medio ambiente, ubicándolo en la sección correspondiente a los derechos fundamentales (artículo 2º, inciso 22º) aunque de forma conjunta con otros derechos cuyo contenido no se encuentra relacionado con el medio ambiente, como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso. Para algunos autores, el texto constitucional de 1979 era mejor respecto al tratamiento de este derecho (Alegre 2009: 470-471).

A diferencia del texto constitucional anterior, la actual Constitución no señala –junto con el reconocimiento del derecho- obligación alguna del Estado con relación a la preservación del medio ambiente o a la necesidad de evitar la contaminación ambiental. Estos temas aparecen tratados en una sección diferente de la Constitución, en el Capítulo II (Del Ambiente y los Recursos Naturales) del Título III (del Régimen económico), a través de los siguientes artículos:

- Artículo 66.- Señala que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Establece que por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares¹² y que la concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

¹² Esta ley es la N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, publicada el 26 de junio de 1997 en el diario oficial El Peruano.

- Artículo 67.- Establece que el Estado determina la política nacional del ambiente y que promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.
- Artículo 68.- Establece la obligación del Estado de promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.
- Artículo 69.- Señala que el Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

Estos artículos, junto con el reconocimiento del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado previsto en el artículo 2º, inciso 22º, constituyen nuestra “Constitución Ecológica”.

1.4. Reconocimiento en instrumentos y decisiones internacionales de derechos humanos

El proceso de positivación de los derechos fundamentales, si bien tuvo una primera manifestación en la inclusión de estos derechos en los textos constitucionales, también se manifiesta en su inclusión en instrumentos internacionales:

[...] la evolución de la positivación de los derechos humanos no se detiene con la formulación constitucional de los derechos; en la actualidad dicha positivación ha rebasado el ámbito nacional y juega un papel muy importante en el seno de la comunidad internacional. Efectivamente, hoy día el Derecho Internacional constituye uno de los pilares fundamentales de la expresión normativa de los derechos humanos. (Lozano 2004: 170)

El derecho internacional de los derechos humanos constituye una fuente especial a tomar en cuenta para el estudio del derecho al medio ambiente, pues conforme lo señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos reconocidos en ésta se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre la materia ratificados por el Estado peruano.

Si bien en general los instrumentos internacionales de derechos humanos no reconocen de forma expresa el derecho al medio ambiente, existen importantes decisiones emitidas por los órganos internacionales de protección de estos derechos que deben ser observadas al momento de interpretarse los alcances del artículo 2°, inciso 22°, de la Constitución Política.

1.4.1 Aspectos generales

Los derechos fundamentales han sido objeto de un progresivo reconocimiento en el derecho internacional, a través del denominado proceso de internacionalización (Peces-Barba 1995: 173), que se inició luego de la segunda guerra mundial, cuando la comunidad internacional comprendió que la defensa de los derechos humanos no sólo debía quedar en manos de los Estados sino que se hacía necesario contar con una protección adicional de índole internacional, que reflejara un esfuerzo y compromiso conjunto de los Estados a favor de estos derechos.

El reconocimiento de un derecho en las normas internacionales origina importantes consecuencias. En este sentido, al igual que ocurre cuando es reconocido en la

Constitución, su reconocimiento en normas internacionales obliga a interpretar su contenido y los posibles problemas que se originen por su ejercicio, tomando como referencia que también existen otros derechos o bienes jurídicos que gozan de reconocimiento y protección en el derecho internacional, con los cuales deberá necesariamente ser armonizado.

De otro lado, el reconocimiento de un derecho en las normas internacionales le otorga un marco de protección adicional al que se deriva de su reconocimiento en la Constitución, pues las normas internacionales establecen unos estándares mínimos de protección que los Estados se encuentran obligados a respetar; en caso contrario, son pasibles de responsabilidad internacional. Asimismo, el contenido de los instrumentos declarativos y convencionales debe ser tomado en consideración al momento de interpretar los derechos reconocidos en los textos constitucionales, como lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. De igual modo, la jurisprudencia de los tribunales internacionales deberá ser observada por los tribunales nacionales al resolver controversias relacionadas con el ejercicio de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, el reconocimiento un derecho fundamental en el ámbito internacional origina importantes consecuencias que deben ser observadas por el intérprete de la Constitución al momento de analizar su contenido y ámbito de protección, no sólo para la resolución de la controversia concreta que sea puesta a su conocimiento, sino para el análisis de los mecanismos procesales previstos para otorgarle protección.

Respecto al derecho al medio ambiente, los instrumentos internacionales clásicos sobre derechos humanos no cuentan con un reconocimiento expreso del mismo. Así, en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Naciones Unidas de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se encuentran artículos específicos sobre la materia. Afortunadamente, ello no ha sido impedimento para que los órganos internacionales de protección de derechos humanos puedan pronunciarse sobre casos relacionados con su afectación.

A efectos del presente trabajo se describirá la forma en que el derecho internacional de los derechos humanos ha tratado el tema del reconocimiento y protección del derecho al medio ambiente.

1.4.2 Sistema universal de protección de derechos humanos

1.4.2.1 Reconocimiento a nivel normativo

El instrumento más importante del sistema universal de protección de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una disposición expresa sobre el reconocimiento del derecho al medio ambiente. De modo bastante general, su norma complementaria, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en su artículo 12° inciso 1° que los Estados se encuentran obligados al “mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente”.

Lo expuesto no significa la ausencia de un marco internacional sobre el derecho al medio ambiente, sino la ausencia del reconocimiento de este derecho en los instrumentos internacionales específicos sobre derechos humanos. Desde esta perspectiva, en las últimas décadas se han adoptado importantes declaraciones sobre la materia, como por ejemplo:

- Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972).
- Carta Mundial de la Naturaleza (1982).
- Declaración de Río sobre el Ambiente y la Naturaleza (1992).
- Metas del desarrollo del milenio (2000).
- Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible (2002).

Sobre este marco normativo emitido a nivel de Naciones Unidas se ha señalado:

[...] el proceso de expansión de la normativa medioambiental internacional se ha incrementado con el paso del tiempo hasta alcanzar en algunos casos una dimensión verdaderamente global o universal. El fenómeno, presente ya en la protección del medio marino a través de diversos convenios de ámbito mundial, se ha mostrado con mayor fuerza en lo que respecta a la atmósfera. En una primera etapa se adoptó un convenio “regional” sobre la contaminación transfronteriza a larga distancia, para tratar de remediar los devastadores efectos de la “lluvia ácida”, al que luego han venido a añadirse cuatro Protocolos adicionales. Más tarde fue necesario elaborar a escala global reglas convencionales para regular y prevenir otro fenómeno atmosférico no menos insidioso y temible, la disminución de la capa de ozono, lo que se hizo mediante la adopción del Convenio de Viena de 1985 y el Protocolo de Montreal de 1987. La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992 con la participación de 178 Estados, ha adoptado un Convenio sobre cambio climático, que tiene por objeto poner las bases para la regulación de las emisiones de gases del llamado “efecto invernadero” y del

calentamiento global del planeta. La protección de la atmósfera constituye así el ejemplo más patente de la tendencia a la mundialización de las reglas internacionales para la protección del medio ambiente. (Juste Ruiz 1992: 50)

En similar dirección, y a favor de reconocer un Derecho Internacional Ambiental se ha señalado:

[...] si bien el derecho duro de lo internacional ambiental padece de severas limitaciones, su consolidación y desarrollo ha producido un fenómeno más que alentador: ha propiciado en su corta existencia la creación y desarrollo del derecho interno ambiental de las naciones. En efecto, aunque para algunos países y para ciertos temas de regulación, el derecho internacional ambiental se ha derivado de las preocupaciones o la legislación doméstica, para otros, y según el tema ambiental del que se trate, la influencia de lo internacional ambiental ha enriquecido y de hecho propiciado la creación de legislación nacional ambiental. (Nava 2011: 134)

En consecuencia, si bien existe una importante normativa internacional sobre el medio ambiente, el derecho fundamental al mismo no ha sido reconocido de forma expresa en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, situación que limita la labor a su favor por parte de los órganos de protección de derechos que forman parte de Naciones Unidas.

1.4.2.2 Órganos de protección

En el sistema universal actualmente asistimos a una *inflación institucional* de órganos de protección de los derechos humanos, diversos y heterogéneos entre sí, lo que ha dado lugar a problemas de coordinación (Remiro Brotóns 1997: 1030). No corresponde en este trabajo explicar en detalle cada uno de estos órganos ni sus funciones, sino

mencionar de modo especial algunos de ellos, en atención a la importancia de su trabajo en materia de interpretación de las normas internacionales.

Cabe mencionar en primer lugar a los Comités, que son órganos de protección de derechos humanos creados a partir de tratados, cuyas competencias varían según lo previsto en cada instrumento internacional. De todo ellos, el más relevante a efectos del presente trabajo es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –CESCR, por sus siglas en inglés-, creado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el marco de sus funciones, los Comités elaboran las denominadas Observaciones Generales, por medio de las cuales establecen pautas de interpretación de los derechos reconocidos en cada tratado, a fin de facilitar a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Asimismo, reciben informes periódicos por parte de los Estados sobre las medidas que han adoptado a favor de los derechos humanos. Los Comités revisan estos informes y emiten sus opiniones y recomendaciones a través de las denominadas Observaciones o Comentarios finales.

Sólo algunos Comités pueden recibir comunicaciones individuales sobre violaciones a los derechos reconocidos en los respectivos tratados sobre los cuales realizan sus funciones. En términos generales, las comunicaciones son evaluadas sobre la base de la información proporcionada por la persona presuntamente afectada y el Estado Parte comprometido, luego de lo cual cada Comité transmite a ambos sus observaciones finales. Estas decisiones, que por lo general se denominan Comunicaciones, contienen importantes criterios de interpretación sobre los derechos reconocidos en cada tratado.

En el caso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el documento más importante emitido por este órgano con relación al medio ambiente es su Observación General N° 15, del año 2002, sobre el derecho al agua, en el cual señala:

El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. El Comité ha constatado constantemente una denegación muy generalizada del derecho al agua, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados. Más de 1.000 millones de personas carecen de un suministro suficiente de agua y varios miles de millones no tienen acceso a servicios adecuados de saneamiento, lo cual constituye la principal causa de contaminación del agua y de las enfermedades relacionadas con el agua. La polución incesante, el continuo deterioro de los recursos hídricos y su distribución desigual están agravando la pobreza ya existente. Los Estados Partes deben adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna, como se establece en la presente observación general. (CESCR 2002: 1-2)

En segundo lugar, corresponde hacer mención a los órganos especiales (Grupos de Trabajo, Relatores y Expertos independientes), conocidos en inglés como “Special procedures”.

La Carta de las Naciones Unidas contempla al Consejo Económico y Social (ECOSOC) como uno de sus órganos principales, el que, a su vez, ha establecido un conjunto de órganos subsidiarios para el desarrollo de sus funciones. Uno de ellos fue la Comisión de Derechos Humanos, que estableció órganos orientados a realizar un seguimiento de situaciones o investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos en determinados países o regiones, o sobre un tema en particular. A éstos se les conoce como Grupos de Trabajo, Relatores o Expertos independientes. En el desarrollo de sus

funciones, estos órganos emiten diversas recomendaciones y, en algunos casos, reciben comunicaciones individuales sobre violaciones a derechos humanos. Los informes temáticos o por países que elaboran contienen importantes criterios para la interpretación de las normas internacionales.

Si bien la Comisión de Derechos Humanos terminó sus labores en marzo del 2006, en medio de fuertes críticas, siendo reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos, los órganos de protección internacionales que se establecieron mientras estuvo en funciones continúan desarrollando sus actividades. En el caso específico del medio ambiente, en junio del 2012 el Consejo de Derechos Humanos acordó nombrar un Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, que tiene –entre otros- el siguiente mandato:

Estudiar, en consulta con los gobiernos y las organizaciones internacionales y órganos intergubernamentales pertinentes, incluidos el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente que corresponda, los mecanismos de derechos humanos, las autoridades locales, las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil, incluidas las que representan a los pueblos indígenas y a otras personas en situación de vulnerabilidad, las entidades del sector privado y las instituciones académicas, las obligaciones de derechos humanos, entre ellas las relativas a la no discriminación, que tengan que ver con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. (Consejo de Derechos Humanos 2012: 2-3)

De esta forma, en el ámbito de los órganos de protección de derechos humanos de Naciones Unidas se vienen dando pasos para establecer políticas de protección a favor

el derecho a medio ambiente, aunque lo avanzado es poco si se toma en consideración la importancia del tema.

1.4.3 Sistema interamericano de protección de derechos humanos

1.4.3.1 Reconocimiento a nivel normativo

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada en 1969 y que entró en vigor en 1978) no contienen disposiciones que reconozcan de forma expresa el derecho al medio ambiente. Será recién en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, aprobado en 1998 y que entró en vigor en 1999) que se contará con un texto normativo del sistema interamericano donde se consagra de forma expresa el reconocimiento de dicho derecho. Así, el artículo 11° del Protocolo Adicional, bajo la denominación de “Derecho a un medio ambiente sano”, señala lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Esta disposición es bastante general. A diferencia de otros artículos del Protocolo Adicional sobre derechos sociales, o de la propia Convención Americana en materia de derechos civiles y políticos, el texto del sistema interamericano sobre el derecho al medio ambiente sólo hace mención al mismo y a la obligación del Estado de promover su protección, preservación y mejoramiento. No se detallan aspectos específicos.

1.4.3.2 Órganos de protección

Los mecanismos del sistema interamericano para supervisar las obligaciones internacionales y proteger los derechos humanos también son variados, pero los órganos son esencialmente dos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mención importante también merecen las Relatorías especiales.

Creada en 1959 en el marco de la V Reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores de los Estados que integran la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comisión inició sus funciones de promoción y protección de derechos humanos en 1960, aunque carecía de competencia para recibir y tramitar quejas individuales, lo que recién pudo hacer a partir de 1965, año en el que se ampliaron sus facultades. En 1967 fue incorporada como un órgano de la OEA, en el marco de las reformas a la Carta de esta organización realizadas en Buenos Aires. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en 1969, se establecen sus competencias a fin de promover y proteger los derechos reconocidos en este tratado.

De esta manera, respecto a los Estados de la OEA que no han ratificado la Convención, la Comisión realiza sus labores a partir de lo dispuesto en la Carta de la organización y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Respecto a los Estados que han ratificado la Convención, realiza sus funciones sobre la base de este tratado.

Las funciones de la Comisión pueden ser agrupadas de la siguiente manera: i) conocimiento de peticiones individuales sobre violaciones a la Convención o Declaración; ii) seguimiento de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA; iii) desarrollo de legislación en materia de derechos humanos; y, iv) realización de programas de educación a favor de los derechos humanos (Melish 2003: 26). Conformada por siete integrantes elegidos por la Asamblea General de la OEA y con sede en Washington, D.C., la Comisión cuenta con su Estatuto y Reglamento.

A efectos de este trabajo, nos interesa resaltar la labor de la Comisión en materia de peticiones individuales por violaciones de los Estados a los derechos reconocidos en la Convención o la Declaración Americana, las que siguen un trámite determinado. Dependiendo de la decisión de la Comisión y de si el Estado es Parte o no de la Convención, el caso puede culminar en este órgano o pasar a la Corte Interamericana. Sobre esto último hablaremos más adelante. Aquí nos interesa señalar que si el caso culmina en la Comisión, ésta hace pública su decisión a través de los denominados *Informes*, en los cuales señala sus conclusiones y recomendaciones sobre la controversia planteada. Si bien a través de esta función resuelve casos individuales, los *Informes* de la Comisión contienen importantes criterios para interpretar la Convención Americana, siendo de interés no sólo los que tratan sobre casos contra el Estado involucrado en el caso sino también contra cualquier otro.

Como consecuencia de la labor de seguimiento sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA, la Comisión elabora informes especiales

sobre un tema o país en particular, en lo que se pueden encontrar interesantes criterios de interpretación sobre las normas de la Convención Americana.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra conformada por siete magistrados elegidos por la Asamblea General de la OEA y tiene su sede en Costa Rica. Esta institución realiza sus funciones de acuerdo a lo previsto en la Convención Americana, su Estatuto y su Reglamento. Sus funciones principales son la consultiva y la contenciosa.

En cuanto a la competencia consultiva, cualquier Estado miembro de la OEA puede solicitarle que emita una opinión acerca de la interpretación de la Convención Americana o de cualquier otro instrumento relacionado con la protección de los derechos humanos en los estados americanos. Igual facultad tienen algunos órganos de esta organización¹³. La Corte Interamericana también puede, a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA, emitir opinión acerca de la compatibilidad entre cualesquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales. Los pronunciamientos de la Corte en base a su función consultiva se conocen como Opiniones Consultivas. Sobre su valor, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que no tienen el mismo efecto vinculante que sus sentencias sobre casos contenciosos (1982a: 14). Sin embargo, la importancia de estas Opiniones Consultivas radica en que contienen interpretaciones autorizadas sobre los alcances de las disposiciones de la Convención¹⁴.

¹³ De acuerdo al artículo 64º de la Convención, pueden solicitar una Opinión Consultiva a la Corte los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (la Asamblea General, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, etc.).

¹⁴ Hasta la finalización de este trabajo la Corte Interamericana ha emitido veinte (20) Opiniones Consultivas.

A través de su competencia contenciosa, la Corte se pronuncia sobre los casos que son puestos a su conocimiento relacionados con la violación de derechos o el incumplimiento de obligaciones previstas en la Convención Americana por los Estados parte. Sin embargo, la Corte no cuenta con una competencia expresa para conocer peticiones relacionadas con el artículo 11° del Protocolo de San Salvador, que reconoce el derecho al medio ambiente.

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana tienen competencia para emitir medidas cautelares o medidas provisionales, respectivamente, con la finalidad de cautelar de manera preventiva los derechos reconocidos en la Convención. En el caso de la Comisión, el artículo 25° de su Reglamento dispone lo siguiente:

1. En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente.
2. En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares a fin de prevenir daños irreparables a personas que se encuentren bajo la jurisdicción de éste, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.
3. Las medidas a las que se refieren los incisos 1 y 2 anteriores podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables.
4. La Comisión considerará la gravedad y urgencia de la situación, su contexto, y la inminencia del daño en cuestión al decidir sobre si corresponde solicitar a un Estado la adopción de medidas cautelares. [...]

Respecto a las medidas provisionales que puede dictar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 63, numeral 2, de la Convención Americana dispone lo siguiente: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar

daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

En cuanto a las Relatorías, éstas han sido creadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de coadyuvar a su labor de promoción y defensa de estos derechos. Entre sus principales funciones se encuentra el seguimiento de la situación de los derechos humanos a nivel interamericano, como consecuencia de lo cual formula recomendaciones para su respeto y garantía, que constan en sus respectivos informes y constituyen una importante guía para orientar el trabajo de cada país en materia de derechos humanos. A diferencia del sistema universal, en el sistema interamericano no existe una Relatoría específica sobre el derecho al medio ambiente; sin embargo, el tema ha sido tratado a través de la Relatoría sobre los derechos de los pueblos indígenas.

1.4.3.3 Decisiones de los órganos de protección

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han venido emitiendo decisiones relacionadas con el derecho al medio ambiente, a partir del análisis de casos sobre la negativa del acceso a información de carácter ambiental, la afectación de derechos de los pueblos indígenas y la ausencia de mecanismos efectivos de protección en ambos supuestos:

Las decisiones y sentencias dictadas por la Comisión y la Corte Interamericanas reflejan tres enfoques importantes: han reconocido que el deterioro del medio ambiente puede implicar violaciones de los derechos a la vida, la salud, la propiedad y la cultura; han

subrayado la importancia de derechos tales como el de información, participación pública en la toma de decisiones (incluyendo el previo consentimiento informado de parte de los propietarios que pudieran verse afectados en forma negativa por proyectos de desarrollo), y el derecho de acceso a la justicia y recursos efectivos para garantizar la protección de otros derechos; por último, ambos organismos han insistido en que será necesario implementar y hacer cumplir las garantías constitucionales respecto del derecho a un medio ambiente seguro, sano y sin deterioro ecológico (Shelton 2010: 127).

El acceso a la información pública en materia ambiental fue abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes vs Chile* (sentencia del 19 de setiembre del 2006), en el cual se invocó la afectación, entre otros, del derecho a la libertad de expresión consagrada en el 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero. Los hechos del caso se relacionaron con la negativa del Estado de brindar a los citados señores la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, con relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto denominado Río Cóndor, que era un proyecto de deforestación que se consideraba que podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile. Para la Comisión Interamericana, la negativa del Estado de entregar la información solicitada se sustentó en su legislación interna. A la vez, se invocó ante la Corte que el Estado de Chile “no otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho al acceso a la información” y “no aseguró los derechos al acceso a la información y a la protección judicial, ni contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información pública”.

Al resolver la controversia, la Corte reconoció que el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

incluye dentro de sus alcances el derecho de toda persona de acceder a la información que se encuentre en poder de las entidades públicas:

77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006: 43)

Para la Corte, la información solicitada guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, que generó gran discusión pública por el impacto ambiental que podía tener, por lo cual no existía duda que se trataba de información que debía ser considerada de acceso público. Al respecto señaló:

73. El Tribunal encuentra claro que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa

chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública [...]. Además, dicho pedido de información guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal: el Comité de Inversiones Extranjeras. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006: 42)

Entre las referencias normativas empleadas por la Corte para sustentar su decisión estuvo la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y la “Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales”, dictada en el marco de la Conferencia Ministerial “Medio Ambiente para Europa”, celebrada en Aarhus, Dinamarca (1998). A su vez, resulta interesante resaltar que para la resolución del caso la Corte hizo una evaluación sobre el contenido de la información solicitada, vinculada con temas ambientales, a efectos de determinar su importancia para el debate público:

99. Por otro lado, es necesario destacar que al solicitar la información al Comité de Inversiones Extranjeras el señor Marcel Claude Reyes se “propuso evaluar los factores comerciales, económicos y sociales del proyecto [Río Cóndor], medir el impacto sobre el medio ambiente [...] y activar el control social respecto de la gestión de órganos del Estado que tienen o han tenido injerencia” en el desarrollo de dicho proyecto “de explotación del Río Cóndor” [...]. Asimismo, el señor Arturo Longton Guerrero expresó que acudió a pedir la información “preocupado por la posible tala indiscriminada de bosque nativo en el extremo sur de Chile” y que “[l]a denegación de información pública, significó [...] un impedimento a [su] tarea de fiscalizador” [...]. Al no recibir la información solicitada, ni una contestación motivada sobre las restricciones a su derecho al acceso a la información bajo el control del Estado, los señores Claude Reyes y Longton Guerrero vieron afectada la posibilidad de realizar un control social de la gestión pública. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006: 48)

Sobre la base de estos argumentos, la Corte determinó que el Estado demandado (Chile) había violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su manifestación de acceso a la información pública, en este caso en materia ambiental, por lo que ordenó al Estado, a través de la entidad correspondiente y en el plazo de seis meses, entregar la información solicitada a las víctimas, o en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto.

Los otros casos resueltos por la Corte Interamericana han estado relacionados con la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, a propósito de los cuales ha reconocido la importancia de la conservación de los recursos naturales para la supervivencia de estos grupos, estableciendo la obligación por parte de los Estados de garantizar mecanismos de participación, entre ellos la consulta previa, respecto a la adopción de medidas que pudieran desarrollarse en su territorio, como la exploración y extracción de recursos naturales, que podrían afectar su subsistencia como pueblo indígena. Como ejemplo de ello se puede hacer referencia al caso del Pueblo de Saramaka contra Surinam, uno de los más emblemáticos, en el cual la Corte señaló:

158. En virtud de todas las consideraciones mencionadas, la Corte concluye lo siguiente: primero, que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a

sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007: 50)

Sobre el tema específico de la relación entre la protección del derecho al medio ambiente, en particular la tutela del derecho al agua, y la protección de los derechos de los pueblos indígenas se ha señalado:

Un [...] elemento o estándar respecto al derecho a la tierra de los pueblos indígenas, según lo emanado de la jurisprudencia de la Corte, constituye el derecho de los mismos a utilizar los recursos naturales, así como el derecho a participar en los beneficios de aquellos recursos que son explotados por terceros. La Corte ha definido a los recursos naturales como aquellos recursos que han usado los pueblos indígenas tradicionalmente y son necesarios para su propio desarrollo, identidad cultural y supervivencia .

Es atendiendo a ello que, en su interpretación de artículo 21 de la Convención Americana [que reconoce el derecho a la propiedad], la Corte estableció, en el caso *Yakye Axa* que protege la estrecha vinculación de los pueblos indígenas, tanto con las tierras tradicionales como con los recursos naturales en estas tierras. Asimismo, en el caso *Saramaka* la Corte reafirmó la doble protección del artículo 21, tanto sobre la tierra como sobre los recursos naturales [...] (Salmón 2010: 57)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha tenido una participación activa en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente a través de medidas cautelares dictadas para evitar que mediante determinadas actividades económicas se perjudique su relación con los recursos naturales que se ubican en su territorio. Uno de las decisiones que mayor repercusión tuvo fue la medida cautelar dictada a favor de las Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, respecto al Estado de Brasil (MC 382/10), del 1 de abril del 2011. En este caso, la Comisión solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de

cualquier obra material de ejecución hasta que se observaran las siguientes condiciones mínimas:

- 1) Realizar procesos de consulta, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Brasil, en el sentido de que la consulta sea previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de la medida cautelar.
- 2) Garantizar que, en forma previa a la realización de dichos procesos de consulta, para asegurar que la consulta sea informada, las comunidades indígenas beneficiarias tengan acceso a un Estudio de Impacto Social y Ambiental del proyecto, en un formato accesible, incluyendo la traducción a los idiomas indígenas respectivos, con lo cual se manifestaba nuevamente el reconocimiento del derecho de acceso a la información ambiental y en la participación en los procesos orientados a la adopción de decisiones sobre la relación entre los pueblos indígenas y los recursos naturales.
- 3) Adoptar medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú, y para prevenir la diseminación de enfermedades y epidemias entre las comunidades indígenas beneficiarias de las medidas cautelares como consecuencia de la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte.

Como consecuencia de la respuesta del Estado de Brasil ante las medidas cautelares, la Comisión hizo algunas precisiones sobre su contenido. En lo que a nuestro tema interesa, se solicitó al Gobierno que:

- 3) Garantice la pronta finalización de los procesos de regularización de las tierras ancestrales de pueblos indígenas en la cuenca del Xingu que están pendientes, y adopte medidas efectivas para la protección de dichos territorios ancestrales ante la intrusión y

ocupación por no indígenas, y frente a la explotación o deterioro de sus recursos naturales. Adicionalmente, la CIDH decidió que el debate entre las partes en los referente a la consulta previa y el consentimiento informado frente al proyecto Belo Monte se ha transformado en una discusión sobre asuntos de fondo que trasciende el ámbito del procedimiento de medidas cautelares. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011)

Sin duda, un cambio sustantivo respecto a lo que originalmente se decidió.

1.4.4 Sistema europeo de protección de derechos humanos

El continente europeo cuenta con diversos instrumentos e instancias regionales vinculadas al medio ambiente. Al respecto se ha llegado a señalar: “el derecho ambiental europeo es [...] el ordenamiento jurídico más desarrollado para la protección y el mejoramiento del medio ambiente, aun cuando su aplicación y su transposición al derecho interno se ve minado por múltiples resistencias, pero gracias a las instituciones europeas se va forjando y armonizando poco a poco en todos los Estados miembros para lograr los objetivos de los tratados europeos” (Trujillo Segura 2006: 384).

La Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales no contempla disposición alguna en la cual se haga mención a derecho al medio ambiente. En parte ello se puede explicar porque a la fecha de aprobación de este tratado, en el año de 1950, los principales problemas que buscaban ser desarrollados en el ámbito europeo guardaban relación directa con los derechos civiles, como la vida, integridad personal y libertad física, fuertemente afectados como consecuencia de la segunda guerra mundial. Sin embargo, tal situación no ha sido obstáculo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desarrolle una jurisprudencia sobre situaciones lesivas del derecho

al medio ambiente. Tales casos han sido resueltos identificándose la afectación del derecho a la salud o la vida, es decir, estableciendo una conexidad entre la afectación al medio ambiente y los derechos de primera y segunda generación:

El derecho humano al disfrute de un medio ambiente adecuado ha sido objeto de protección indirecta en el sistema del Convenio en relación con los derechos y libertades reconocidos en el mismo. Cuando el efectivo disfrute de éstos no es posible a consecuencia de unas condiciones medioambientales degradadas, la responsabilidad de un Estado Parte se compromete siempre que el Tribunal Europeo considere que se trata de una injerencia injustificada desde el punto de vista del Convenio. Esto es, una injerencia que no respeta el justo equilibrio que debe darse entre los diversos intereses en presencia: de un lado, los del particular que sufre el ataque medioambiental; de otro, los de la comunidad en su conjunto o de otros particulares a los que se atribuye el origen de dicho ataque. (García San José 2003: 28-29)

Esta injerencia alude a derechos fundamentales específicos, como la vida privada o familiar, el domicilio o la salud, que se ven perjudicados como consecuencia de la realización de actividades contrarias al medio ambiente. Entre los casos emblemáticos resueltos por el Tribunal Europeo se puede mencionar la sentencia del caso López Ostra contra España (1988), relacionado con el funcionamiento de una planta de tratamiento de residuos sólidos, en la cual señaló:

Es evidente que la planta de tratamiento en cuestión fue construida [...] para resolver un grave problema de contaminación de Lorca debido a la concentración de tenerías. Tan pronto como comenzó a funcionar, la planta causó molestias y problemas de salud a muchas personas de la localidad. [...]

El Tribunal considera, sin embargo, que la familia tuvo que afrontar las molestias ocasionadas por la planta durante tres años antes de cambiar de domicilio, con todos los correspondientes inconvenientes. Sólo se mudaron cuando se hizo evidente que la situación se podría prolongar indefinidamente y cuando el pediatra de la hija de la Sra. López Ostra recomendó que lo hicieran. Bajo estas circunstancias, el ofrecimiento del

Ayuntamiento no era suficiente para paliar las molestias e inconvenientes a los que se les sometió.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a pesar del margen de apreciación del Estado correspondiente, el Tribunal considera que el Estado no tuvo éxito en conseguir un equilibrio adecuado entre el interés del bienestar económico de la ciudad -el de tener una planta de tratamiento de residuos- y el disfrute efectivo de la recurrente de su derecho al respeto a su domicilio y a su vida privada y familiar.

En consecuencia, ha habido una violación del artículo 8 [del Convenio].

Sobre este fallo, algunos autores discrepan sobre la opción por dejar fuera de la mención de derechos afectados a la vida y a la integridad personal:

La STEDH en el caso «López Ostra c. España», consolida la *subjetivación del Derecho ambiental*. El medio ambiente no es sólo una cuestión de Estados, es también una cuestión de individuos (de cada individuo). Y entonces el medio ambiente (adecuado) es protegible inmediatamente a través de los derechos y libertades de cada uno. Hasta aquí, la STEDH comentada es plenamente elogiada. Mas la selección, en el caso, de los posibles derechos vulnerados merece un juicio más crítico. *Carece de justificación desplazar (a la hora de la protección del medio ambiente) el derecho a la vida y a la integridad, a favor del derecho a la inviolabilidad del domicilio*. Y resulta excesivo, además, incluir dentro del ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad domiciliar la «calidad de vida» en el domicilio. Pues los niveles de bienestar social (así, de «calidad de vida») no son cuestión del TEDH, sino del legislador nacional. La interpretación expansiva del derecho del artículo 8 CEDH, a que se hace referencia, puede ser «útil» en el caso concreto, pero contraproducente desde una visión general. Pues, fuera del caso concreto, la jurisprudencia del TEDH es meramente «orientativa» para la actuación de los órganos nacionales; en este sentido, el grado de seguimiento de esta jurisprudencia dependerá, en gran medida, de la «auctoritas» que se reconozca al TEDH. *El activismo de este órgano judicial desborda su función subsidiaria, de cierre, y resta «auctoritas» a sus decisiones*. (Velasco 1995: 324)

El artículo 8 al que hace referencia la sentencia reconoce el derecho de toda persona a la vida privada y familiar, que es lo que el Tribunal consideró afectado como consecuencia

de los problemas originados por la planta de tratamiento de residuos. Conforme ha resuelto casos similares, el Tribunal ha emitido fallos con argumentos en la misma dirección:

[...] al igual que los derechos reconocidos en el Convenio a los que se encuentra conectado, el derecho a un medio ambiente adecuado no es un derecho absoluto, dependerá de las circunstancias concretas de cada caso, tales como la actitud de las autoridades públicas y, en especial, el derecho afectado por la injerencia y su importancia para el particular, apreciar si ha habido o no violación del Convenio a causa de un ataque medioambiental. Cuando el derecho en juego es un aspecto íntimo del derecho a la vida privada y al respeto del domicilio, como por ejemplo, el derecho al descanso –que incide en la salud de los particulares además de en su bienestar y en el derecho al disfrute de su domicilio- el Tribunal Europeo se muestra particularmente exigente cuando aprecia si las razones aportadas por las autoridades del Estado son suficientemente convincentes como para hacerle concluir que dicha injerencia medioambiental no es contraria al Convenio y respeta un justo equilibrio entre los diversos intereses opuestos. (García San José 2003: 29)

Junto con el análisis del artículo 8 de la Convención, el Tribunal Europeo también se ha pronunciado sobre la relación entre las libertades de expresión e información, reconocidas en el artículo 10, y su relación con el derecho de toda persona a acceder a información pública relacionada con el medio ambiente (caso Guerra y otros vs Italia). Del mismo modo se ha pronunciado sobre la contaminación sónica (los casos Powell y Rayner vs Inglaterra y Hatton vs Inglaterra, sobre los ruidos de los aterrizajes de aviones en el aeropuerto de Heatrow, más el caso Moreno Gómez vs España, sobre ruidos de establecimientos nocturnos¹⁵). En un balance sobre estos fallos, Miranda (2007: 91-92) ha señalado:

¹⁵ Un caso de fecha más reciente es Martínez Martínez contra España, resuelto por el Tribunal Europeo el 18 de octubre del 2011.

- La conexión entre los derechos humanos y la protección al ambiente se ha consagrado a través de una interpretación evolutiva del artículo 8 de la Convención por parte del Tribunal Europeo, que ha determinado que los daños ambientales en perjuicio de la colectividad, aun cuando no sean graves a tal punto de poner en peligro la salud del individuo, pueden igualmente perjudicar su bienestar y privarlo del disfrute del derecho a su domicilio y provocar un daño a su vida privada y familiar.
- La jurisprudencia de la Corte parte del principio que el derecho al ambiente no es un derecho absoluto, sino que puede ser sometido a limitaciones que atiendan a las necesidades de la colectividad, las cuales serán valoradas caso por caso. Argumentos como la falta de recursos del Estado para realizar los estudios correspondientes para acreditar si los índices de contaminación son permitidos, o el interés económico de un Estado sobre una industria o un aeropuerto —como el caso Heatrow—, no pueden ser tomados como válidos para restringir los alcances de los derechos reconocidos en el artículo 8 de la Convención.
- Si bien no se ha determinado la existencia de un derecho a la información ambiental derivado del contenido del artículo 10, inciso 2, sí se reconoce la obligación de los poderes públicos de dar una respuesta en un plazo razonable cuando se presente una denuncia de contaminación.
- No toda alteración al ambiente puede comportar una violación de la Convención, pues la misma debe atender a los caracteres de relevancia y severidad, que serán valorados caso por caso.

- Desde un punto de vista procesal, para acreditar una violación del art. 8 de la Convención, la carga de la prueba la tiene principalmente el Estado pues debe aportar los medios probatorios que fundamenten en qué medida ofreció una tutela efectiva al ambiente.

En atención a los objetivos de la presente investigación, los dos últimos aspectos planteados son de especial relevancia, pues no cualquier problema relacionado con el medio ambiente puede ser invocado para dar inicio a procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales. Del mismo modo, corresponde que los tribunales analicen si corresponde asumir una posición similar a la del Tribunal Europeo en cuanto a la posición probatoria que debe asumir el Estado cuando es demandado por acciones u omisiones lesivas del derecho al medio ambiente.

Como comentario final sobre este tema es importante señalar que la posibilidad de realizar un balance sobre la tendencia jurisprudencial en el sistema europeo de derechos humanos obedece al planteamiento de los casos por parte de los litigantes y a las respuestas dadas por el Tribunal Europeo, en un claro contraste con lo que sucede en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, que no llega todavía a este nivel de desarrollo jurisprudencial.

1.5 Obligaciones del Estado

Los Estados tienen una serie de obligaciones con relación a los derechos fundamentales, que son, asimismo, exigibles respecto al derecho al medio ambiente. Se trata de las

obligaciones de respeto y garantía. Por la primera, se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a este derecho, mientras que por la segunda, deben adoptar las medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar todo acto que afecte su contenido. Estas obligaciones se derivan de las normas internacionales de derechos humanos, así como de los propios textos constitucionales.

En el caso de la Constitución de 1993, el artículo 44° establece como una obligación del Estado peruano “garantizar los derechos humanos”. Se trata de una mención general, ubicada en un artículo de una sección del texto constitucional que se revisa poco. Además, aparece mencionada junto con otros “deberes primordiales del Estado”, expresión que usa la propia Constitución, como defender la soberanía nacional, proteger a la población de las amenazas a su seguridad, y promover el bienestar general.

En el caso de las normas internacionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 1°, inciso 1, y en el artículo 2° lo siguiente:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...]

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 [de la Convención] no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es importante anotar que, a diferencia del texto constitucional, los instrumentos internacionales ubican las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos en los primeros artículos, por cuanto constituyen el punto de partida de su doble objetivo, cual es el reconocimiento de tales derechos y de las obligaciones de Estado a favor de su respeto y garantía.

A continuación realizamos una descripción del contenido de estas obligaciones, principalmente desde la perspectiva del derecho internacional, en donde este tema ha sido objeto de un desarrollo particularmente interesante, el mismo que ha servido de base para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre los alcances del artículo 44° de la Constitución. Al abordar cada una, realizaremos una mención a su aplicación respecto al derecho al medio ambiente.

1.5.1. Obligación de respetar los derechos fundamentales

Los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos. Así lo establece el artículo 1°, inciso 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que implica que los Estados no deben llevar a cabo ningún acto que amenace o vulnere estos derechos:

El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al Estado. [...]

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o una institución de carácter público lesione

indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988: 34-35)

En consecuencia, corresponde a las entidades del Estado dejar de lado todas aquellas prácticas que puedan considerarse como lesivas de los derechos fundamentales, a fin de cumplir cabalmente con esta obligación, derivada de la Constitución y los tratados.

En el caso del derecho al medio ambiente, como ocurre respecto a todos los derechos fundamentales en general, las decisiones de los tribunales nacionales a propósito de los procesos constitucionales iniciados para su protección, permiten identificar aquellos actos que pueden ser calificados como lesivos a su goce y ejercicio. Por esta razón, las autoridades estatales deben estar atentas al contenido de estas decisiones, de modo tal que puedan corregir la acción u omisión identificada como contraria al derecho. Si se trata de actos lesivos recurrentes no debería esperarse hasta la interposición de una nueva demanda para que se adopte una conducta a favor del derecho. Para lograr este objetivo se requiere, asimismo, que las decisiones de los tribunales sean uniformes y se encuentren debidamente sustentadas. Lo primero evita dudas sobre si un acto debe ser considerado como lesivo de un derecho fundamental. Lo segundo otorga seguridad y predictibilidad ante un eventual o repentino cambio de jurisprudencia.

1.5.2. Obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales

1.5.2.1 Aspectos generales

Los Estados tienen la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales a toda persona que se encuentre sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Así lo establece el artículo 1º, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En cuanto a sus alcances: "esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988: 35). En este sentido: "esta obligación de garantía tiene el propósito muy amplio de lograr determinadas metas u objetivos, entre los que sobresale el que toda persona pueda ejercer sus derechos humanos y disfrutar eficazmente de los mismos" (Faúndez 2004: 84).

Los medios para lograr el libre y pleno disfrute de los derechos fundamentales pueden ser de diferente tipo, por lo que tal obligación "no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible [su] cumplimiento, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988: 35). En el caso específico del derecho al medio ambiente, además de su reconocimiento a nivel normativo se ha propuesto, por ejemplo:

[...] implementar los mecanismos o garantías procesales apropiados para que ese derecho pueda hacerse efectivo; establecer la legitimación para que ciertos grupos en nombre de la colectividad reclamen la reparación de los daños ocasionados al ambiente en términos de la protección de derechos difusos; crear procesos judiciales y tribunales ad hoc para ventilar conflictos de carácter ambiental; incluir el deber correlativo que deriva del derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y

bienestar, es decir, la obligación de proteger el entorno a cargo de todo individuo; instituir los principios de responsabilidad por daños al ambiente; destacar el papel de la prevención de los daños ambientales en general, pues en la mayoría de los casos son de difícil reparación. (Soto Flores 2006: 359)

En estrecha relación con la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, el artículo 2° de la Convención Americana establece el deber de los Estados de adoptar medidas internas para hacerlos efectivos, lo cual implica, por una parte, la “supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención” y, de otro lado, “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1999: 64).

1.5.2.2 Marco normativo e instituciones creadas para garantizar el medio ambiente

Son diversos los aspectos relacionados con la obligación del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales, así como variadas las medidas que pueden ser establecidas con este objetivo.

En lo que se refiere a la supresión de normas y prácticas que impliquen una violación del derecho al medio ambiente, especial importancia adquiere la jurisprudencia constitucional, pues conforme se vayan resolviendo controversias relacionadas con esta materia, será posible identificar las normas o prácticas que deban ser dejadas de lado. Ello explica la necesidad de que los litigantes puedan plantear ante los tribunales casos particularmente relevantes, que permitan alcanzar ese objetivo, especialmente

tratándose del derecho al medio ambiente, cuya protección interesa a un colectivo indeterminado de personas.

En cuanto a la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia del derecho al medio ambiente, todos los Estados deben contar con un marco normativo, instituciones y políticas públicas orientadas a dicho objetivo. A efectos del presente trabajo consideramos necesario realizar una breve reseña del marco normativo vigente en el Perú con relación al medio ambiente y de las principales entidades de alcance nacional con competencia en torno a esta materia.

1.5.2.2.1 Legislación ambiental

En el Perú, un avance importante sobre este tema significó la aprobación, en el año 2005, de la Ley N° 28611, *Ley General del Ambiente*, publicada el 15 de octubre del 2005 en el diario oficial *El Peruano*¹⁶. Esta norma consta de un Título Preliminar, 154 artículos y cinco disposiciones transitorias, complementarias y finales. El artículo I del Título Preliminar precisa la doble perspectiva del medio ambiente, como un derecho y un deber. En este sentido señala:

Artículo I.- Del derecho y deber fundamental

Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes,

¹⁶ Un año antes fue aprobada la Ley N° 28245, *Ley marco del sistema nacional de gestión ambiental*, publicada el 8 de junio del 2004 en el diario oficial *El Peruano*. Conforme al artículo 1° de esta Ley, la misma tiene por objetivo “asegurar el más eficaz cumplimiento de los objetivos ambientales de las entidades públicas; fortalecer los mecanismos de transectorialidad en la gestión ambiental, el rol que le corresponde al Consejo Nacional del Ambiente - CONAM, y a las entidades sectoriales, regionales y locales en el ejercicio de sus atribuciones ambientales a fin de garantizar que cumplan con sus funciones y de asegurar que se evite en el ejercicio de ellas superposiciones, omisiones, duplicidad, vacíos o conflictos”.

asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

En los siguientes artículos del Título Preliminar se establece la relación entre el derecho al medio ambiente y otros derechos fundamentales, como el acceso a la información (artículo II), la participación (artículo III) y el acceso a la justicia (artículo IV). Asimismo, se precisan los alcances de los principios desarrollados en el ámbito del Derecho Ambiental, como el de sostenibilidad (artículo V), prevención (artículo VI), precautorio (artículo VII), internalización de costos (artículo VI), responsabilidad ambiental (artículo VIII), equidad (artículo IX) y gobernanza ambiental (artículo X).

Luego del Título Preliminar, la Ley se divide en cuatro títulos. El Título I aborda la Política Nacional de Ambiente y Gestión Ambiental, y define la primera como “el conjunto de lineamientos, objetivos, estrategias, metas, programas e instrumentos de carácter público, que tiene como propósito definir y orientar el accionar de las entidades del Gobierno Nacional, regional y local, y del sector privado y de la sociedad civil, en materia ambiental” (artículo 8.1). Por su parte, la Gestión Ambiental es definida como “un proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país” (artículo 13).

En el marco de estas definiciones a través de la ley se precisan los aspectos centrales del denominado *Sistema Nacional de Gestión Ambiental*, señalándose que el mismo (artículo 14):

- Tiene a su cargo la integración funcional y territorial de la política, normas e instrumentos de gestión, así como las funciones públicas y relaciones de coordinación de las instituciones del Estado y de la sociedad civil, en materia ambiental.
- Se constituye sobre la base de las instituciones estatales, órganos y oficinas de los distintos ministerios, organismos públicos descentralizados e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local que ejercen competencias y funciones sobre el ambiente y los recursos naturales; así como por los Sistemas Regionales y Locales de Gestión Ambiental, contando con la participación del sector privado y la sociedad civil.
- Tiene a la Autoridad Ambiental Nacional como el ente rector del Sistema.

En el ámbito de la Gestión Ambiental, la ley precisa que son instrumentos de la misma (artículo 17°):

[...] los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de

participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; [...]”.

En esta misma sección de la ley se hace mención al *Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental* (artículo 24°) que cuenta con una regulación especial a través de la Ley N° 29325, *Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental*, publicada el 5 de marzo del 2009 en el diario oficial *El Peruano*. Corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) asumir la competencia en torno a este tema.

De otro lado, en el capítulo 4 del Título I de la Ley General del Ambiente se aborda el tema del Acceso a la Información Ambiental y la Participación Ciudadana.

Por su parte, el Título II de la Ley está dedicado el tema de los Sujetos de la Gestión Ambiental, con referencia a las competencias ambientales del Estado en general, de las autoridades públicas, de la población ambiental y de las empresas; mientras que el Título III está dedicado al tema de la Integración de la Legislación Ambiental, desarrollándose materias como el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (artículos 84 al 96), la conservación de la diversidad biológica (artículos 97 al 112), la calidad ambiental (artículos 113 al 122), y la ciencia, tecnología y educación ambiental (artículos 123 al 129). Finalmente, el Título IV aborda la responsabilidad por daño ambiental, desarrollándose materias como la fiscalización y control (artículos 130 al 134), el régimen de responsabilidad por daño ambiental (artículos 135 al 150) y los medios para la resolución y gestión de conflictos ambientales (artículos 151 al 154).

Como se aprecia, el marco normativo sobre el medio ambiente en el Perú es bastante completo y complejo; sin embargo, como ocurre con relación a otras materias que requieren especial atención, dicho marco no es suficiente para garantizar el derecho al medio ambiente.

1.5.2.2.2 Entidades estatales

Mediante la Ley N° 26410, publicada el 22 de diciembre de 1994 en el diario oficial *El Peruano*, se creó el Consejo Nacional del Ambiente (Conam) como el “organismo descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno, con autonomía funcional, económica, financiera, administrativa y técnica” que dependía de la Presidencia del Consejo de Ministros. Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo N° 1013, publicado el 14 de mayo del 2008, se creó el Ministerio del Ambiente, que asumió las funciones del Conam. En el artículo 3° de este decreto se precisa la competencia de este Ministerio de la siguiente manera:

El objeto del Ministerio del Ambiente es la conservación del ambiente, de modo tal que se propicie y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que los sustenta, que permita contribuir al desarrollo integral social, económico y cultural de la persona humana, en permanente armonía con su entorno, y así asegurar a las presentes y futuras generaciones el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.

En cuanto a sus competencias, el artículo 4° señala que el Ministerio del Ambiente “es el organismo del Poder Ejecutivo rector del sector ambiental, que desarrolla, dirige, supervisa y ejecuta la política nacional del ambiente. Asimismo, cumple la función de promover la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad

biológica y las áreas naturales protegidas”. Asimismo, dispone que su actividad “comprende las acciones técnico-normativas de alcance nacional en materia de regulación ambiental, entendiéndose como tal el establecimiento de la política, la normatividad específica, la fiscalización, el control y la potestad sancionadora por el incumplimiento de las normas ambientales en el ámbito de su competencia, la misma que puede ser ejercida a través de sus organismos públicos correspondientes”.

Junto con el Ministerio de Ambiente, existen otras entidades estatales que tienen importantes competencias sobre la materia. De modo particular, interesa hacer mención a las siguientes:

- *Tribunal de Solución de Controversias Ambientales*: Conforme al artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1013, este tribunal es el órgano encargado de “resolver los conflictos de competencia en materia ambiental y la última instancia administrativa respecto de los procedimientos administrativos que se precisan en el reglamento de la presente ley. Asimismo, es competente para resolver conflictos en materia ambiental a través de la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, constituyéndose en la instancia previa extrajudicial de carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental”.

Mediante el Decreto Supremo N° 15-2011-MINAM, publicado el 9 de julio del 2011, se aprobó el Reglamento Interno del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales. En el artículo 4° de esta norma se precisa que son competencias del Tribunal: a) Resolver en última instancia administrativa los recursos administrativos interpuestos contra los actos administrativos en materia ambiental emitidos por las instancias del MINAM. b) Resolver en casos de conflicto de competencia entre dos

o más entidades públicas de ámbito nacional, regional y/o local, cuál de ellas debe actuar como autoridad competente cuando éstas se atribuyan funciones ambientales de carácter normativo, fiscalizador o sancionador sobre una misma actividad; así como en el procedimiento administrativo de certificación ambiental de proyectos de inversión pública, privada y de capital mixto, y, de aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental complementarios. c) Resolver conflictos en materia ambiental a través de la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, constituyéndose en la instancia previa extrajudicial de carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental.

- *Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)*: Conforme a la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, esta entidad estatal es el organismo encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental.
- *Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado*: De acuerdo con la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, esta entidad es el ente rector del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) y se constituye en su autoridad técnico-normativa. El Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA)¹⁷ pasó a formar parte del SINANPE.
- *Autoridad Nacional del Agua*: Esta entidad estatal fue creada mediante la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 997, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura. Entre sus

¹⁷ El INRENA fue creado mediante el Decreto Ley N° 25902, Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura, publicado el 29 de noviembre de 1992, y definido como el “organismo encargado de promover el uso racional y la conservación de los recursos naturales [...]”.

competencias se encuentra “dictar las normas y establecer los procedimientos para la gestión integrada y sostenible de los recursos hídricos” así como “elaborar la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos y el Plan Nacional de Recursos Hídricos, ejerciendo potestad sancionadora en la materia de su competencia, aplicando las sanciones de amonestación, multa, inmovilización, clausura o suspensión por las infracciones que serán determinadas por Decreto Supremo y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo en caso corresponda la facultad de ejecución coactiva”.

Como se aprecia, aparte de las normas que regulan la protección del medio ambiente, existen en el Perú entidades estatales con competencia para ejecutar y supervisar su cumplimiento. Sin embargo, el desempeño de las labores de estas entidades aún no es satisfactorio, como lo demuestra el hecho que muchas controversias importantes relacionadas con la protección del derecho al medio ambiente se hayan canalizado a través del proceso de amparo.

1.5.3 Obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos fundamentales

1.5.3.1 Aspectos generales

La obligación de garantizar los derechos humanos comprende un conjunto de obligaciones específicas, que se explican en forma aparte por razones didácticas. En este sentido, los Estados "deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es

posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988: 35). En otros términos:

[...] el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima adecuada reparación. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988: 36).

En cuanto a la obligación específica de prevenir se ha señalado que comprende todas aquellas medidas:

[...] de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988: 36)

En el ámbito del Derecho Ambiental, esta obligación merece especial atención si se toma en cuenta que existen muchas situaciones que afectan el medio ambiente y que de haberse adoptado medidas preventivas, podrían haber sido evitadas: “La cultura de la prevención debe constituirse en una política de Estado, para no tener que lamentar víctimas y costos –incluyendo los ambientales– que se pueden reducir de manera razonable sobre la base de una oportuna prevención y sistemas institucionales de alerta confiables y de atención debida” (Foy 2009: 139).

En cuanto a la obligación de investigar toda situación de violación de los derechos humanos se ha señalado:

Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

[Esta obligación] debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad busque efectivamente la verdad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988: 37)

En este sentido, toda denuncia sobre una violación del derecho al medio ambiente debe ser investigada por las autoridades respectivas del Estado, a efectos de determinar las responsabilidades del caso y las sanciones correspondientes. Lamentablemente, la falta de investigación y sanción de quienes atentan contra este derecho se ha convertido en una constante en nuestro país.

La renuncia de un Estado a investigar y sancionar cualquier violación del derecho al medio ambiente resulta particularmente grave por el impacto que esta omisión tiene sobre la sociedad. Esta impunidad tiene un efecto directo, cual es promover la falta de previsión por los posibles daños que se puedan generar al medio ambiente, ante la ineficacia de las sanciones para revertir y evitar que tales hechos vuelvan a ocurrir. Esto solamente puede ser evitado mediante la acción decisiva de los Estados de castigar a los autores de actos que afectan el medio ambiente.

A nuestra consideración, el análisis de estas obligaciones del Estado implica evaluar las vías o mecanismos establecidos para la protección de un derecho. En el caso concreto del derecho al medio ambiente, este trabajo se centra en su protección a través del proceso constitucional de amparo. Sin embargo, es importante hacer referencia a otras dos modalidades de protección, como las que se ofrecen en sede penal y administrativa. Esto permitirá, asimismo, aproximarnos a los límites y posibilidades de la tutela constitucional, por cuanto a través del proceso de amparo no se busca resolver cualquier problema ambiental sino aquellos identificados como amenaza o vulneración del derecho al medio ambiente, en cuanto a su contenido constitucional se refiere.

De otro lado, los reales niveles de protección del medio ambiente a través de vías procesales penales o de vías administrativas debe servir para reforzar la importancia de los procesos constitucionales, pues lo que en última instancia se busca, no es tanto que existan diversos mecanismos de protección, sino que estos sean efectivos. Además, a diferencia de lo que ocurre con el derecho penal, si la protección a través del amparo fracasa, se estará afectando el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales.

1.5.3.2 Protección penal

En las últimas décadas el medio ambiente ha sido considerado como un bien jurídico que debe ser protegido a través del Derecho Penal, lo cual ha dado lugar a que de forma progresiva en diversos ordenamientos jurídicos se modifiquen los respectivos códigos penales, a fin de incorporar capítulos específicos sobre esta materia. Por lo general, esto ha ocurrido dentro del marco de reformas penales que han buscado incorporar en

diversos ordenamientos jurídicos la protección penal de derechos colectivos o supraindividuales, tendencia que no ha estado libre de críticas, por el uso de tipos penales cuya definición no siempre queda del todo clara:

[...] la irrupción de los bienes jurídico-penales colectivos en el Derecho Penal –entre ellos el medio ambiente- está haciendo temblar los cimientos garantistas que a éste caracterizaban. Los nuevos ámbitos de actividad social traen a un primer plano objetos de protección de características supraindividuales, que están siendo tutelados empleando la técnica de la tipificación de los denominados “delitos de peligro”. La tutela penal del medio ambiente se caracteriza por los siguientes rasgos: a) por ser resultado de una dirección actual de la Política criminal de claras tendencias criminalizadoras, b) por formar parte de la también actual propensión del legislador a proteger bienes jurídicos supraindividuales, y c) por construirse mediante la técnica de los llamados “delitos de peligro” y también con frecuencia mediante la técnica de las llamadas “leyes penales en blanco”.

Esta escapada hacia una súper protección penal de bienes jurídicos difusos respecto de puestas en peligro (abstracto o concreto) puede representar una amenaza para los principios garantistas propios de un Estado de Derecho; principios político-criminales garantistas como los de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio*. (Sessano 2002:2-3)

Como sucede comúnmente con el derecho penal, con el paso de los años han quedado de manifiesto las limitaciones de esta modalidad de protección del medio ambiente:

El Derecho penal, como es lógico, no ha podido mantenerse aislado a dicho fenómeno, produciéndose continuo debate respecto a temas fundamentales dentro del Derecho penal económico y que frente a la cuestión medioambiental adquieren un tono más acentuado, así la doctrina ha discurrido por problemas como la identidad del bien jurídico penalmente protegido y sus técnicas de tipificación, los modelos de imputación, el recurso a la ley penal en blanco y la accesoriedad administrativa del Derecho penal del ambiente, aspectos [...] cuya principal característica común es su capacidad para poner al descubierto las limitaciones del Derecho penal en el resguardo del medio ambiente.

Ahora bien, es evidente que el conocimiento de las limitaciones del Derecho penal hará posible evaluar las posibilidades de esta disciplina en el resguardo del medio ambiente. (Reyna s/f: 1)

Al revisar información del derecho comparado sobre el desarrollo del derecho penal para la protección del medio ambiente, encontramos la siguiente reflexión sobre el caso de España, que refleja resultados negativos:

Es una opinión generalizada en la doctrina que el “Derecho penal del medio ambiente” no está siendo un medio eficaz para combatir los ataques más graves contra bienes ambientales. Ciertamente, las enormes esperanzas que despertó la posibilidad de intervención del Derecho penal en la tutela ambiental se han transformado, tras las primeras experiencias legislativas, en desencanto y escepticismo sobre su efectividad e, incluso, legitimidad. El Derecho penal medioambiental tampoco se muestra efectivo, como instrumento de política criminal en países de nuestro entorno. En Alemania pronto aparecieron críticas doctrinales acerca del fracaso del Derecho penal alemán del medio ambiente, que ha convertido la protección ambiental en una lucha de competencias entre judicaturas y administración, otorgando al Derecho penal una función meramente simbólica que lleva a parte importante de la doctrina a reclamar la total abolición de los tipos penales destinados a la protección del medio ambiente. (Sessano 2002: 33)

En el Perú también se ha previsto una protección penal del derecho al medio ambiente. Los delitos respectivos fueron incorporados a través del Código Penal de 1991, mediante un Título específico denominado “Delitos contra la Ecología”, expresión que reflejaba la confusión del legislador en torno a esta materia. Posteriormente, el texto completo de este Título fue modificado mediante el artículo 3° de la Ley N° 29263, publicada el 2 de octubre del 2008, que de modo más apropiado fue denominado “Delitos Ambientales”. Al respecto, nos parece importante describir brevemente el

Título XIII del Código Penal, que regula los delitos contra el medio ambiente y que se divide en cuatro capítulos.

El Capítulo 1° se denomina “Delitos contra la contaminación” (artículos 304° al 307°) y en él se desarrolla el delito central de esta sección del Código, denominado “Contaminación del ambiente”, definido de la siguiente manera:

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Los otros artículos del Capítulo 1 están referidos a las formas agravadas del delito de contaminación (artículo 305°), el incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos (artículo 306°) y el tráfico ilegal de residuos sólidos (artículo 307°).

El segundo Capítulo está dedicado a los delitos contra los recursos naturales, en donde se precisan las conductas prohibidas y sancionadas penalmente que se relacionan con:

- Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre protegida (artículo 308°).
- Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre protegidas (artículo 308°-A).

- Extracción ilegal de especies acuáticas (artículo 308°-B).
- Depredación de flora y fauna silvestre protegida (artículo 308°-C).
- Tráfico ilegal de recursos genéticos (artículo 308°-D).
- Delitos contra los bosques o formaciones boscosas (artículo 310°).
- Tráfico ilegal de productos forestales maderables (artículo 310°-A).
- Obstrucción de procedimiento (artículo 310°-B).
- Utilización indebida de tierras agrícolas (artículo 311°).
- Autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por la ley (artículo 312°).
- Alteración del ambiente o paisaje (artículo 313°).

De otro lado, en el Capítulo III del mismo Título se establecen delitos relacionados con la conducta de determinadas personas respecto a decisiones vinculadas con actividades que pudiesen afectar el medio ambiente. En este sentido, en el artículo 314° se sanciona “al funcionario público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, autoriza o se pronuncia favorablemente sobre el otorgamiento o renovación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad” a que se refiere este Título del Código Penal. Por su parte, mediante el artículo 314-A se sanciona a “los representantes legales de las personas jurídicas dentro de cuya actividad se cometan los delitos previstos en este Título”. Finalmente, respecto a la “responsabilidad por información falsa contenida en informes”, el Código precisa en el artículo 314°-B que “el que, conociendo o pudiendo presumir la falsedad o la inexactitud, suscriba o realice estudios, evaluaciones, auditorías ambientales, planes de manejo forestal u otro documento de gestión forestal, exigido conforme a ley, en los que

se incorpore o avale información falsa o inexacta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años”.

El último capítulo de este título aborda el tema de las medidas cautelares y la reducción de las penas, dos materias completamente distintas entre sí. De modo particular, interesa hacer mención a la primera. En este sentido, el artículo 314° del Código Penal señala:

Sin perjuicio de lo ordenado por la autoridad administrativa, el Juez dispondrá la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria, así como las otras medidas cautelares que correspondan.

En los delitos previstos en este Título, el Juez procederá a la incautación previa de los especímenes presuntamente ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del presunto ilícito. Asimismo, el Juez, a solicitud del Ministerio Público, ordenará el allanamiento o descerraje del lugar donde presuntamente se estuviere cometiendo el ilícito penal.

En caso de emitirse sentencia condenatoria, los especímenes ilícitos podrán ser entregados a una institución adecuada, según recomendación de la autoridad competente, y en caso de no corresponder, serán destruidos.

En ningún caso procederá la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado.

Resulta interesante resaltar que el Código Penal regule medidas cautelares relacionadas con un delito, no con la finalidad de impedir que el desarrollo de la investigación pueda llevarse a cabo (materia que además es regulada en el Código Procesal Penal), sino con el objetivo de cautelar los bienes jurídicos que son protegidos a través de la vía penal. El Código no brinda mayores alcances sobre este tema; sin embargo, es posible advertir que para dictar una medida cautelar de este tipo se requiere que se encuentre en desarrollo un proceso penal, a partir de lo cual un juez asume competencia para evaluar la situación y dictar la orden que corresponda.

1.5.3.3 Protección administrativa

La protección del derecho al medio ambiente puede darse a través de órganos o instancias administrativas, en diversos procedimientos a cargo de la administración. Ello puede ocurrir, por ejemplo, al momento de solicitarse una licencia o permiso para el desarrollo de una determinada actividad; o cuando se ejerce una labor de fiscalización, sea de oficio o como consecuencia de un reclamo ciudadano. Incluso se ha llegado a hablar de la flagrancia administrativa, término empleado para designar “aquellas situaciones en que los ilícitos ambientales de carácter administrativo son descubiertos por la autoridad en el momento mismo de su comisión, razón por la cual, bajo el esquema de los procedimientos administrativos de inspección y vigilancia se levanta un acta de inspección, que previa su calificación dará lugar a una acuerdo de emplazamiento dirigido al infractor y, en su caso, a una sanción administrativa” (Quintero Jaramillo 2006: 534). Sobre las tendencias actuales en el ámbito del denominado Derecho Administrativo Ambiental se ha señalado:

[...] la mayoría de las transformaciones que se están operando en la función pública de tutela ambiental traen causa de la incidencia de dos cuestiones de distinto orden. En primer término, de la influencia de los criterios económicos y de las reglas del mercado, que aparecen como una componente imprescindible en la elaboración de normas ambientales y como un factor de dinamización en la creación de reglas para la tutela ambiental. Junto a ello, el segundo elemento que, a nuestro juicio, está incidiendo en los comportamientos de la Administración en cuanto al cumplimiento de la función de protección del ambiente es la exigencia del principio de participación, dado el talante legitimador que puede atribuírsele; en este sentido, los imperativos de la participación se dejan sentir en cuestiones que van desde la propia configuración de órganos administrativos, hasta el desenvolvimiento de los procedimientos administrativos y, cómo no, en la creación del Derecho al ambiente. (Mora Ruiz 2001: 523)

En términos generales, la actividad de la Administración Pública en materia ambiental se lleva a cabo en diferentes ámbitos y respecto a diferentes materias, como la explotación o uso de los recursos naturales o la realización de actividades económicas de diverso tipo, lo cual origina una normativa dispersa y numerosos órganos involucrados. Al comentar el caso español, Mora Ruiz señala:

[...] uno de los rasgos definidores del Derecho Administrativo Ambiental más reciente es su grado de complejidad, como consecuencia de la incesante producción normativa en todos los niveles administrativos. De hecho, esta característica se agudiza cuando se entra a conocer las últimas normas producidas por Estado y Comunidades Autónomas [...], porque la concurrencia de ambos niveles de producción normativa pone de manifiesto la pluralidad de normas a las que debe enfrentarse el ciudadano y, por otro lado, su dificultosa aplicación, por efecto de la falta de coordinación entre unas instancias y otras.

Sentado lo anterior, el Derecho nacional también se caracteriza por la lenta actualización de sus técnicas, sólo a impulsos del Derecho Comunitario Europeo y por el diverso nivel de producción normativa del Estado y de las [Comunidades Autónomas], contrastando la escasa aprobación de leyes ambientales en el período que nos ocupa de carácter estatal, con la incesante aprobación de leyes en Comunidades como Cataluña o Madrid. (Mora Ruiz 2002: 425)

Esta perspectiva sobre los reales alcances de una protección del medio ambiente en sede administrativa también ha sido asumida por Lozano Cutanda:

Es cierto que la normativa ambiental adolece de vicios intrínsecos que dificultan su aplicación, como son, en nuestro Derecho, una rápida y laberíntica proliferación de normas que dificulta sobremanera el conocimiento y respeto de las mismas por sus destinatarios, o el insuficiente enfoque integrador de que adolecen los instrumentos jurídicos de control previo de las actividades contaminantes [...] de tal manera que se duplican los procedimientos y el sistema pierde celeridad y eficacia.

Contribuirían por ello, sin duda, a mejorar la aplicación del Derecho ambiental una mayor simplificación normativa y una cierta «codificación» o armonización de disposiciones coincidentes en cuanto a su objeto [...].

El «problema aparente» es que la Administración, principal defensora del interés público, puede actuar, y actúa con frecuencia, como potencial agresora del mismo. Los fenómenos de urbanismo desenfrenado y corrupto que asolan nuestro territorio constituyen el mejor ejemplo. Parece, entonces, que la solución pasaría por mejorar los mecanismos de autocontrol administrativo (evaluación de impacto ambiental de proyectos, planes y programas, autorización ambiental integrada, etc.) y, sobre todo, por mejorar las técnicas de participación pública para que sean los propios ciudadanos, y en especial las ONGs ambientales, quienes ejerzan un control externo de la aplicación efectiva del Derecho ambiental. (Lozano Cutanda 2007: 391-392)

Los problemas que tiene la Administración Pública para cumplir su papel tutelar del medio ambiente se aprecia, por ejemplo, en el ámbito de los permisos o autorizaciones que las entidades administrativas se encuentran facultadas a conceder para la realización de actividades económicas que tengan impacto en el medio ambiente. Para tal efecto, se establece como requisito que las empresas interesadas demuestren el impacto de sus actividades en el medio ambiente y las medidas a adoptar para contrarrestarlas, generalmente conocido como la certificación ambiental, que por lo general es elaborada por entidades privadas, en parte porque las entidades estatales no se encuentran capacitadas ni cuentan con los recursos necesarios para llevar a cabo esta actividad. Tal situación significa un reto para el Derecho Administrativo:

[...] el Derecho Administrativo debe encontrar la fórmula para amparar la colaboración de entidades privadas en el desempeño de tareas de control e inspección, partiendo del hecho de que no nos encontramos en el supuesto clásico de gestión de un servicio público, que se resuelve, generalmente, por la vía de la concesión; en la misma línea, el Derecho Administrativo debe crear el marco normativo objetivo necesario que sirva de referente y parámetro de legalidad de las actuaciones de dichas entidades y, por último, debe resolver el problema de la responsabilidad en el caso de que se produzcan daños

derivados de una actividad cuyo control fue encomendado a dichas entidades. Cualquiera de estas cuestiones son auténticos retos para el Derecho Administrativo General, que tiene que adecuar sus estructuras a toda esta dinámica”. (Mora Ruiz 2001: 526)

Las resoluciones de la Administración Pública respecto a un pedido ciudadano relacionado con la protección del medio ambiente pueden ser impugnadas en sede judicial, lo cual depende del modelo jurídico previsto en cada país. En una clasificación propuesta por Cabrera, desde el punto de vista procesal existen los denominados sistemas cerrados, “en donde los particulares casi carecen de acciones judiciales contra los actos de los poderes públicos y los jueces poco pueden controlar de manera efectiva a la administración, ni encauzar a ésta dentro de la legalidad y de ciertas políticas derivadas de la ley y de la lógica” (1981: 74). En el lado opuesto, el mismo autor hace mención a los sistemas abiertos, que permiten “acciones judiciales capaces de suspender actos administrativos y de sentencias donde el criterio judicial resuelve los conflictos planteados a la administración por los particulares”, aunque advierte que “el inconveniente que presenta este sistema es que puede disminuir la eficacia de la administración, cuando la actividad judicial interfiere demasiado en su trabajo y es excesiva” (Cabrera 1981: 74). Para el citado autor, la protección del derecho al medio ambiente debe enmarcarse dentro de esta última perspectiva “porque no basta la elaboración legislativa que concede facultades, impone deberes y otorga discrecionalidad a los órganos administrativos, sino que es importantísima la acción ciudadana, encauzada a través de acciones judiciales, que desemboca en actos del poder judicial” (Cabrera 1981: 76).

En el caso peruano, las demandas de amparo en sede judicial demuestran que las vías administrativas para la resolución de graves problemas relacionados con el derecho al

medio ambiente no llegan a cumplir el objetivo para el cual han sido diseñadas. Por ello los litigantes acuden a las instancias judiciales a través de los procesos constitucionales.

1.6 Interpretación del derecho fundamental al medio ambiente

Como sucede con todos los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico, cuando se produce una controversia relacionada con el derecho al medio ambiente, el intérprete de la Constitución debe cuidar de darle a este derecho su correcto contenido y armonizarlo con el resto de derechos e instituciones jurídicas consagradas a nivel constitucional. Para tal efecto, debe quedar en claro los objetivos de la interpretación en materia de derechos fundamentales, así como los alcances del único criterio de interpretación previsto en la Constitución de 1993, referido a la interpretación de los derechos reconocidos constitucionalmente conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

1.6.1 Objetivos de la interpretación de los derechos fundamentales

Por lo general, las normas sobre derechos fundamentales, nacionales e internacionales, se limitan a mencionarlos, sin precisar mayores aspectos. Esto obliga a que la labor de interpretación de tales normas tenga por finalidad:

- Delimitar el contenido de los derechos.
- Identificar los actos lesivos a su ejercicio.
- Evaluar los límites o restricciones a su ejercicio.
- Reconocer nuevos derechos como fundamentales.

- Determinar las obligaciones del Estado respecto a estos derechos.

1.6.1.1 Delimitación del contenido de los derechos

Una lectura del texto constitucional de 1993 permite afirmar que la mayoría de los derechos no cuentan con una delimitación sobre su contenido. Se pueden citar a modo de ejemplo algunos reconocidos en el artículo 2º, como el libre desarrollo de la personalidad (inciso 1º), las libertades de conciencia y de religión (inciso 3º) o las libertades de expresión, pensamiento, opinión e información (inciso 4º). En algunos casos, la mención de su contenido es incompleta, como ocurre con el denominado derecho a la autodeterminación informativa (artículo 2º inciso 6º). Por esta razón, el intérprete de la Constitución, antes de resolver cualquier controversia relacionada con el ejercicio de los derechos fundamentales, debe delimitar adecuadamente su contenido, pues sólo de esa forma podrá identificar si la controversia puesta a su conocimiento tiene relevancia constitucional.

En la primera parte de este capítulo se ha buscado identificar los aspectos centrales relacionados con el contenido del derecho al medio ambiente, con miras al análisis de la protección de su contenido constitucionalmente protegido como presupuesto procesal para la procedencia de las demandas de amparo.

1.6.1.2 Identificación de los actos lesivos

La interpretación de los derechos fundamentales permite identificar aquellos actos que resultan contrarios a su ejercicio, los cuales pueden consistir en una acción u omisión

por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. La delimitación del contenido de los derechos humanos constituye el punto de partida para tal efecto, pues sólo a partir de conocer el contenido de un derecho será posible determinar los actos lesivos a su ejercicio. Así por ejemplo, al momento de precisar los alcances sobre el derecho de acceso a la información pública el Tribunal Constitucional ha señalado que el mismo no se agota en la solicitud de una persona para acceder a determinada información ni en la entrega de la misma por parte de la entidad requerida, siendo necesario que la información que se entregue sea cierta, actual, precisa y completa, por lo que se estará ante un acto lesivo de este derecho si la información entregada no reúne estas características¹⁸.

La identificación de los actos lesivos de los derechos humanos constituye una tarea permanente, que corresponde esencialmente a los órganos jurisdiccionales del Estado, pues son los competentes para pronunciarse sobre las demandas que solicitan la tutela judicial de estos derechos ante tales actos. De manera progresiva, al resolver estos casos, la jurisprudencia contribuye a establecer una relación de aquellos actos que son contrarios a los derechos humanos. La ausencia de jurisprudencia, por el contrario, genera incertidumbre sobre si determinada acción u omisión de una autoridad, funcionario o persona es compatible con estos derechos.

¹⁸ Sentencia 1797-2002-HD (caso Wilo Rodríguez Gutiérrez), publicada el 22 de octubre del 2003. En este caso el demandante presentó una solicitud ante el Poder Ejecutivo con la finalidad de que se le informe sobre los gastos del ex presidente de la República, Alberto Fujimori, en sus viajes al exterior durante el período 1990-2000; sin embargo, el solicitante consideró imprecisa, incompleta e inexacta la información que le fue entregada, por lo que presentó un hábeas data. El Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó al Poder Ejecutivo proporcionar al demandante la información solicitada en forma completa, actualizada y exacta. De acuerdo al fundamento 16 de la decisión, la Constitución “garantiza el acceso, conocimiento y control de la información pública, a fin de favorecer la mayor y mejor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, así como la transparencia de la actuación y gestión de las entidades gubernamentales; entonces, un mínimo de exigencia que imponen que esos fines se puedan cumplir, es que la información sea veraz, actual y clara”.

En el caso del derecho al medio ambiente hemos señalado que no cualquier problema relacionado con el ambiente justifica iniciar un proceso constitucional de amparo. Al analizar los presupuestos procesales de este mecanismo de tutela de derechos se hará referencia a la teoría sobre los actos lesivos como presupuesto procesal del mismo.

1.6.1.3 Evaluación de los límites o restricciones a los derechos

La interpretación de los derechos humanos también resulta importante a efectos de analizar las restricciones o límites a su ejercicio, que consisten en la “reducción de alguno de los elementos jurídicos que conforman (el) contenido (de un derecho)” (Aba 2001:33). El análisis de este tema parte de una premisa muy clara: los derechos fundamentales no son absolutos sino que admiten limitaciones. Sin embargo, éstas requieren cumplir con un conjunto de requisitos, a efectos de que sean consideradas como legítimas y compatibles con estos derechos. Un requisito es de carácter formal, y se refiere a la norma autorizada para establecer la restricción a un derecho. Otros, de carácter sustantivo, se relacionan con el razonamiento a seguir para determinar la legitimidad de una restricción, que se agrupan bajo el denominado test de proporcionalidad.

En el caso del derecho al medio ambiente, dado que su contenido presenta una configuración todavía imprecisa, resulta difícil reconocer que puedan darse supuestos en los cuales se restrinja su ejercicio, a partir de la definición que hemos dado sobre los límites a los derechos. Sin embargo, es posible identificar fallos del Tribunal Constitucional peruano se ha referido a esta materia, sin un análisis jurídico-

constitucional profundo, por lo que todavía no se puede hablar de tendencias jurisprudenciales en torno a este tema.

1.6.1.4 Reconocimiento de nuevos derechos

La interpretación de los derechos constitucionales también permite reconocer nuevos derechos como inherentes al ser humano e indispensables para su desarrollo individual y en sociedad, es decir, como nuevos derechos humanos:

La mayoría de las constituciones occidentales, sobre todo a partir de la segunda guerra mundial, recogen declaraciones de derechos que tienden a ser cada vez más amplias. Pero la existencia de nuevas necesidades o circunstancias, así como los avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, hacen que se plantee el reconocimiento de “nuevos” derechos, no contemplados expresamente en la Constitución, pero cuya protección al más alto nivel tiende a ser considerada necesaria. En realidad, en algunos supuestos no se trata tanto de necesidades o circunstancias nuevas, sino simplemente de situaciones siempre existentes, pero sobre las cuales no se había hecho patente la necesidad de una especial protección jurídica, normalmente porque no resultaba apreciable –o quizás, ni siquiera imaginable- una amenaza o peligro para ellas. Otras veces, el cambio en la mentalidad o las circunstancias sociales hacen que se considere que deben ser protegidas jurídicamente exigencias que antes no merecían tal protección. Pero en todos los casos estamos ante circunstancias que aconsejan un reconocimiento y protección jurídico al más alto nivel, que hasta el momento no tenían reconocimiento, al menos de manera explícita y concreta. (Díaz Revorio 2000: 231-232)

Para reconocer nuevos derechos como fundamentales existen dos opciones. La primera consiste en llevar a cabo dicho reconocimiento a partir de la interpretación de un derecho expresamente consagrado en la Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse

como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente”¹⁹. Así por ejemplo, el Tribunal ha reconocido como derechos fundamentales la prohibición de la *reformatio in peius* y el *ne bis in idem*, a partir de la interpretación del contenido del derecho al debido proceso. Asimismo, ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia como contenido implícito de la libertad de conciencia prevista en el artículo 2º inciso 3º de la Constitución²⁰. De igual modo, ha establecido en forma reiterada que el derecho a un plazo razonable de duración de la detención judicial preventiva constituye una manifestación implícita del derecho a la libertad personal²¹.

La segunda opción consiste en recurrir a la denominada “cláusula abierta de derechos fundamentales”, prevista en el artículo 3º de la Constitución, de acuerdo a la cual:

La enumeración de los derechos establecidos en [el capítulo sobre derechos fundamentales de la persona] no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Para el Tribunal Constitucional, el uso de esta cláusula debe quedar reservada “sólo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera una protección al más alto nivel y que, en modo alguno pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita”²². Sin lugar a dudas, la sentencia más importante emitida hasta el momento en aplicación de este artículo 3º es aquella por

¹⁹ Sentencia 895-2001-AA (caso Lucio Valentín Rosado Adanaque), publicada el 16 de marzo del 2003, fundamento 5.

²⁰ Sentencia 895-2001-AA (caso Lucio Valentín Rosado Adanaque), fundamento 6.

²¹ Sentencia 2915-2004-HC (caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio), publicada el 25 de noviembre del 2004, fundamentos 5-7.

²² Sentencia 895-2001-AA (caso Lucio Valentín Rosado Adanaque), publicada el 16 de marzo del 2003, fundamento 5.

medio de la cual el Tribunal ha reconocido el derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental²³.

De esta manera, el catálogo de derechos fundamentales no está integrado únicamente por los derechos expresamente reconocidos en la Constitución, sino también por otros que son incorporados a dicho catálogo a través de la jurisprudencia constitucional, a partir de la interpretación de los derechos y principios constitucionales. La mayor o menor actividad de los órganos jurisdiccionales respecto a este tema depende de diversos factores, como la antigüedad de un texto constitucional, el número de derechos que en éste se reconozca y la labor de los órganos jurisdiccionales:

[...] la creación judicial de derechos es un fenómeno normalmente limitado, aunque de mayor dimensión en los ordenamientos regidos por una norma superior muy antigua, o allí donde rige el *common law* (tradicción, obviamente más abierta a la creación judicial que la de los países de Derecho codificado), o donde, por influencia de la decimonovena enmienda de la Constitución federal norteamericana, se reconozca constitucionalmente la apertura del sistema de derechos no enumerados. El ejemplo de la Constitución federal norteamericana es elocuente en este último sentido. Los derechos fundamentales de este país se hallan en los volúmenes de jurisprudencia de su Tribunal Supremo más que en el leve, casi anorético, catálogo de derechos de su texto constitucional. (Rey Martínez 2011: 256)

En el caso del derecho al medio ambiente nos encontramos ante un derecho que en el ordenamiento jurídico-constitucional peruano cuenta con reconocimiento expreso. Sin embargo, los criterios aquí presentados para el reconocimiento de nuevos derechos como fundamentales se aplican perfectamente en los países donde todavía dicho derecho no cuenta con un reconocimiento expreso a nivel constitucional, principalmente por tratarse de normas expedidas en un momento histórico en el que todavía no existía

²³ Sentencia 2488-2002-HC (caso Genaro Villegas Namuche), publicada el 29 de marzo del 2004.

consenso pleno sobre el derecho al medio ambiente como un derecho fundamental y, por lo tanto, tampoco sobre la necesidad de su incorporación en el catálogo de derechos fundamentales.

1.6.1.5 Determinación de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales

Como se indicó anteriormente, los Estados tienen dos obligaciones esenciales respecto a los derechos fundamentales. La primera consiste en respetarlos, es decir, se encuentran impedidos de realizar todo acto que los amenace o vulnere. La segunda obligación es garantizarlos, por lo que deben adoptar todas las medidas que permitan el goce y ejercicio de estos derechos, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier acto lesivo en su contra.

Lamentablemente, la forma en que el actual texto constitucional se pronuncia sobre estas obligaciones no es la más adecuada, pues sólo contiene dos disposiciones generales. Por un lado, el artículo 1° señala que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, a partir de lo cual se pueden derivar algunas obligaciones, y por otra parte, el artículo 44° establece que es deber primordial del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”. Por este motivo, la interpretación de las normas sobre derechos fundamentales resulta importante a efectos de precisar las obligaciones del Estado respecto a estos derechos y la manera en que deben ser cumplidas.

En el caso del derecho al medio ambiente, si bien el artículo 2, inciso 22, de la Constitución lo reconoce como derecho fundamental, será en otras disposiciones del texto constitucional donde se mencionen algunas obligaciones del Estado con relación al mismo, como por ejemplo el artículo 68°, que señala que el Estado “está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”. Dado que las obligaciones en torno al derecho al medio ambiente son mayores y se encuentran en progresiva delimitación a partir de las exigencias de la realidad, corresponde a la jurisprudencia no sólo precisar los alcances de la obligación mencionada de forma expresa en la Constitución, sino también establecer otras y delimitar su contenido. Al igual que en temas anteriores, el uso del derecho internacional resulta de suma utilidad, pues tales obligaciones han sido desarrolladas de modo más claro y ordenado en las normas y decisiones internacionales.

1.6.2 Interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

1.6.2.1 Aspectos generales

El progresivo reconocimiento y protección de los derechos humanos a nivel internacional ha dado lugar a que dos disciplinas jurídicas, el *Derecho Constitucional* y el *Derecho Internacional*, tengan en común un mismo objeto de estudio:

El tema referido a los derechos humanos es objeto de estudio tanto por el Derecho Constitucional [de cada país], como por el Derecho Internacional. En el Derecho Constitucional se estudia dentro del capítulo que Bidart Campos ha denominado el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos, mientras que en el Derecho Internacional Público, el tema de los Derechos Humanos ha adquirido una proyección

tal, que su evolución ha permitido consolidar la formación de una nueva rama denominada el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Ayala 1994: 51)

Ambas ramas jurídicas no desarrollan el tema de los derechos humanos de manera aislada sino que se complementan:

La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con sus diversas modalidades y limitaciones, es una garantía de eficacia del sistema nacional e internacional de protección de tales derechos, en la medida en que ofrece alternativas abiertas a la interpretación constitucional y garantías supranacionales a la actuación de los agentes estatales, incluidos los jurisdiccionales que se sitúan, con base al principio de complementariedad y subsidiariedad del [Derecho Internacional], como las primeras y principales garantías de los derechos internacionalmente protegidos.

Los jueces nacionales, como mecanismos de garantía, se convierten en operadores primarios en tanto que la protección internacional se configura como una protección complementaria que no sustituye a la nacional sino que ambas se presentan como una compleja maquinaria de garantía de derechos en una sociedad abierta y global. Estas dos dimensiones (nacional e internacional) de la protección de los derechos humanos determinan los nuevos entendimientos entre el derecho constitucional e internacional que requieren necesariamente de una “rehabilitación” del Estado en el escenario mundial, así como del fortalecimiento de las instancias supranacionales. La apertura constitucional requiere también de jueces abiertos a todas las alternativas de interpretación, jueces que hagan realidad tal apertura en beneficio de individuos titulares de los derechos fundamentales [...] (Toro 2005: 335-336)

Por su parte, Sagüés aborda esta materia al explicar los alcances del denominado principio de interacción, de acuerdo al cual “el juez (nacional o supranacional) debe desde luego aplicar en sus sentencias al derecho internacional y supranacional tuitivo de los derechos humanos, pero [igualmente el] juez de la jurisdicción internacional [debe] tener en cuenta, y en su caso efectivizar en sus sentencias, las reglas del derecho nacional que puedan aplicarse al caso, complementarias o mejoradoras de las

internacionales” (2002: 38). En un sentido más amplio, que extiende la interacción más allá del plano estrictamente jurisprudencial, Nash afirma:

[...] los sistemas de protección de derechos fundamentales, de carácter nacional e internacional, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de interacción. Entiendo por interacción entre los sistemas nacionales e internacionales un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de que la protección de los derechos fundamentales constituye uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que esta interacción tiene un énfasis preventivo, esto es, será en el ámbito nacional donde se define la vigencia de los derechos fundamentales; la normativa y la praxis internacional están llamadas a coadyuvar y no a suplir a los Estados en el cumplimiento de sus funciones. Finalmente, los sistemas de protección nacional e internacional deben ser vistos como un *corpus iure* de protección de los derechos humanos cuyo objetivo es cerrar los espacios para su violación”. (Nash 2010: 269)

Con relación a este proceso, también se ha señalado:

Felizmente, ya no es más una rareza o algo excepcional citar jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que sea materia de una decisión por parte de los tribunales. Estamos, pues, avanzando en la concepción fundamental de que estas obligaciones internacionales no lo están para que queden en los espacios de las cancillerías o del estamento ejecutivo, sino, fundamentalmente, por el conjunto de aparatos del Estado. Hemos avanzado en que los aparatos judiciales –primer referente ciudadano para la protección de los derechos humanos- asuman que esos estándares internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana son vinculantes y de obligatorio cumplimiento. Eso nos pone, sin duda, ante un panorama para nuestra región bastante más alentador del que se vivió en décadas pasadas. (García-Sayán 2009: 119).

En consecuencia, el derecho internacional y el derecho constitucional se complementan mutuamente, lo que es resultado de tener a los derechos humanos como objeto común

de estudio. A partir de esta perspectiva deben ser entendidas las normas de los textos constitucionales que establecen la necesidad de interpretar los derechos reconocidos a nivel constitucional de conformidad con las normas internacionales, como ocurre con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, cuyos alcances desarrollamos a continuación.

1.6.2.2 Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993

La Cuarta Disposición Final y Transitoria constituye una de las normas más importantes de la Constitución de 1993. Su texto señala: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Una disposición similar no estuvo presente en nuestros anteriores textos constitucionales. Sin embargo, no es extraña en el derecho comparado. Así por ejemplo, la Constitución de España establece en el artículo 10º inciso 2º que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por su parte, el artículo 93º de la Constitución de Colombia establece: “[...] Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La importancia de esta disposición constitucional radica en ser el único criterio de interpretación de los derechos fundamentales consagrado de forma expresa en la Constitución²⁴. Se trata, además, de un mandato obligatorio a todos los operadores jurídicos, quienes al momento de analizar cualquier tema que se relacione con estos derechos deben tomar en consideración en forma imperativa lo señalado en las normas internacionales. No se está, por lo tanto, ante una opción que pueda ser asumida por el intérprete, sino que se trata de una regla interpretativa de estricta observancia, por lo que al momento de interpretarse los alcances del artículo 2º, inciso 22º, de la Constitución, que reconoce el derecho al medio ambiente, habrá de acudir a instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a ésta sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Desde esta perspectiva, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a la vez de establecer un criterio de interpretación de los derechos fundamentales, constituye un límite a la labor de los intérpretes de la ley fundamental, por cuanto no pueden desconocer lo dispuesto en las normas internacionales. En caso contrario, no sólo se iría en contra de lo exigido por la Constitución, sino que podría originarse una responsabilidad internacional del Estado peruano por no observar los alcances de los tratados que ha ratificado:

[Con la inserción de la Cuarta Disposición Final y Transitoria], la Ley Fundamental ha querido poner en evidencia que, por genéricas, abiertas y valorativas que puedan ser las disposiciones que reconocen derechos fundamentales, la cuestión del desciframiento o asignación de sus alcances, límites o restricciones, no es un tema que el intérprete

²⁴ Entre otros criterios de interpretación se encuentran la posición preferente de los derechos fundamentales, el carácter progresivo e irreversible de las medidas adoptadas a su favor, la aplicación de la norma más favorable a su ejercicio, etc. Lamentablemente, la Constitución peruana carece de un capítulo general en materia de derechos fundamentales, en donde se establezcan estos principios, lo que no ha impedido que sean invocados y aplicados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

jurisdiccional pueda libre y discrecionalmente disponer, sino que se trata de una actividad reglada. Ha de buscarla o hallarla, primeramente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los tratados sobre la materia en los que el Estado peruano sea parte. Con ello la Constitución disciplina jurídicamente la actividad interpretativa de sus operadores jurídicos (y, en particular, de los órganos jurisdiccionales) en torno a los derechos y libertades que ella pueda haber reconocido. Y es que, si las cláusulas que reconocen derechos fundamentales son previsiones dotadas de un alto grado de abstracción, y por ello suele reconocérsele al intérprete de un amplio margen para efectuar su interpretación, ello no quiere decir que tal actividad se encuentre exenta de límites, límites que no sólo deben reconducirse a lo formulado en las propias disposiciones constitucionales, sino que, en materia de derechos fundamentales, también cabe extender al sentido, función y significado de los tratados sobre derechos humanos. (Carpio 2004: 133-134)

Sobre los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el Tribunal Constitucional peruano ha realizado importantes precisiones. En este sentido ha señalado²⁵:

[La] interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, haya realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.

En este sentido, para la interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución no basta con acudir a las normas internacionales sobre derechos humanos, sino que se hace necesario tomar en consideración, asimismo, la interpretación realizada sobre tales normas por los órganos internacionales de protección de estos derechos. Por lo tanto, las decisiones de estos órganos también actúan como un límite al intérprete de la Constitución, quien no puede desconocerlas ni contradecirlas, pues de modo indirecto

²⁵ Sentencia 218-2002-HC (caso Jorge Cartagena Vargas), publicada el 3 de agosto de 2002, fundamento 2.

iría en contra del mandato constitucional y a la vez también podría originar una responsabilidad internacional al no seguir la interpretación autorizada de un tratado. Esto es particularmente relevante en el caso de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal internacional que es aludido de modo particular por el Tribunal Constitucional en la sentencia que acabamos de citar.

De esta manera, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución adquiere un contenido mucho mayor, y los intérpretes de la Constitución tienen un trabajo mucho más complejo, pues la labor desarrollada por los órganos internacionales de protección de derechos humanos es bastante extensa y de manera permanente aparecen nuevas decisiones internacionales, más aún en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en los últimos años viene emitiendo una mayor cantidad de sentencias.

La precisión realizada a nivel jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria ha sido validada a nivel normativo en el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), cuyo artículo V del Título Preliminar señala:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Se cuenta, por lo tanto, con una precisión jurisprudencial y otra normativa sobre los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución²⁶.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede ser empleado de dos maneras en el ámbito interno. Por un lado, puede ser utilizado como una referencia meramente concordante, por medio de la cual se utilizan las normas internacionales a fin de señalar que en ellas se expresa algo similar a lo previsto en el texto constitucional. Sin embargo, lo que resulta más adecuado, a fin de cumplir con los objetivos de la Cuarta Disposición Final y Transitoria, es emplear las normas internacionales con un objetivo más sustantivo, cual es interpretar los derechos fundamentales, es decir, delimitar su contenido, identificar los actos contrarios a su ejercicio, evaluar los límites permitidos a los mismos, incorporar nuevos derechos en el ordenamiento jurídico nacional y establecer lineamientos para el cumplimiento de las obligaciones del Estado respecto a estos derechos. Se trata de objetivos que deben estar presentes en los operadores jurídicos al momento de resolver las controversias relacionadas con el derecho al medio ambiente.

1.7 Métodos de resolución de controversias relacionadas con el derecho al medio ambiente

La adecuada protección del derecho al medio ambiente en sede judicial implica que las autoridades jurisdiccionales resuelvan las controversias que son puestas a su conocimiento sobre la base de los principios de interpretación de la Constitución y los

²⁶ Se debe advertir que el Código Procesal Constitucional no hace referencia a todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos, sino sólo a los tribunales internacionales. Al ser consultado sobre este tema, uno de los autores de la propuesta original del Código, Francisco Eguiguren, ha justificado tal opción por cuanto el carácter vinculante de la jurisdicción internacional se da porque el Estado peruano así lo ha reconocido, lo que no ocurre respecto a los órganos internacionales no jurisdiccionales (Proceso y Justicia 2005: 94).

derechos fundamentales, de modo tal que se dejen de lado argumentos meramente subjetivos o que se sustentan más en el sentido común que en las fuentes del Derecho.

Si bien esta investigación no tiene por objetivo evaluar los argumentos empleados por la judicatura nacional para pronunciarse sobre el fondo de las controversias relacionadas con el derecho al medio ambiente, consideramos importante explicar brevemente los métodos empleados con mayor frecuencia para resolver controversias vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales, en particular el método de la ponderación y el test de proporcionalidad, pues ello permitirá una mejor comprensión de los casos en donde la protección del medio ambiente constituye el sustento de normas limitativas de derechos, en particular las libertades económicas, y en donde la respuesta a diversas dudas sobre la aplicación de instituciones procesales se sustentan también, aunque de forma indirecta, en tales métodos.

1.7.1 Ponderación

Desde una perspectiva etimológica, la ponderación hace referencia a una adecuada relación entre medio y fin. Aplicado a nuestro tema, implica analizar la proporción entre el derecho fundamental que podría estar siendo afectado (medio) y la protección de un objetivo legítimo (fin). Un ejemplo de esta situación puede presentarse cuando se adopta una medida que, por ejemplo, restringe la circulación de determinadas mercancías con la finalidad de proteger el medio ambiente:

[...] toda medida estatal tendiente a la tutela del ambiente, pero restrictiva de la libre circulación de mercancías, no puede ser juzgada en abstracto como legítima por lo primero, ni como ilegítima por lo segundo.

Como consecuencia de lo anterior, la tensión entre el medio ambiente y la libre circulación de mercancías sólo puede solventarse mediante decisiones atentas a las particularidades de casos concretos. Específicamente, en cada supuesto se hace imperioso el examen de la medida estatal, en medio de las circunstancias que condicionan su aptitud para proteger el medio ambiente y que determinan el alcance de las barreras comerciales que lleva consigo.

Presupuesta la legitimidad de los dos valores en pugna, el análisis judicial debe volcarse sobre la manera en que el acto estatal que media entre ellos trata de cohesionarlos. En otros términos, dado que el juez parte del reconocimiento de la legitimidad de los fines [involucrados], su labor consiste en escrutar la adecuación del acto demandado en relación tanto con el uno como con el otro derecho. (Bernal 2000: 109)

Para la resolución de estas controversias a través de la ponderación se deben seguir una serie de pasos, en los que la posición subjetiva del intérprete influye de forma decisiva, pues deberá asignar pesos específicos a cada uno de los elementos que deben ser ponderados:

La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondos* que significa peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando un juez o el fiscal pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. [...] Los principios [derechos fundamentales] tienen un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión. Por ejemplo, cuando la Corte Constitucional [de Colombia] aplica los principios constitucionales de protección de la intimidad y del derecho a la información, los pondera para establecer cuál pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un peso mayor será aquél que triunfe en la ponderación y aquél que determine la solución para el caso concreto. En un caso en el que se trate de la divulgación de una información de interés público, muy probablemente se concluirá que el derecho a la información pesa más que el derecho a la intimidad, y, como consecuencia, deberá considerarse legítima la divulgación de la información.

La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso. (Bernal 2003: 19)

En cuanto a la estructura de la ponderación, ésta se encuentra conformada por: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación (Bernal 2003:21). La ley de la ponderación implica que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy 1997: 161). Aplicado al caso de cualquier derecho fundamental, cuanto mayor sea el grado de limitación o afectación de este derecho, mayor deberá ser la importancia del objetivo legítimo que se busca alcanzar. Siguiendo esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos:

- Primero se debe definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los derechos.
- Luego, se debe definir la importancia de la satisfacción del derecho o bien constitucional que se desea proteger (denominado *principio contrario*).
- Finalmente, se debe decidir si la importancia de satisfacción del principio contrario justifica la afectación o no satisfacción del otro.

En cuanto a los dos primeros pasos, Alexy señala que el grado de afectación o de satisfacción de los principios puede ser leve, medio o intenso (2007: 468-469). En este sentido, toda afectación o limitación a un derecho fundamental deberá ser calificada de una u otra forma. Lo mismo ocurrirá con el grado de protección del objetivo legítimo.

Una segunda variable a tomar en cuenta es el “peso abstracto” de los derechos o bienes en conflicto, lo que significa que uno de estos “puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en la sociedad”; así por ejemplo, “la jurisprudencia constitucional de diversos países en ocasiones ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana” (Bernal 2003: 23).

Sobre este tema, los fundamentos del derecho al medio ambiente a los que se hizo referencia en la primera parte de este capítulo tienen especial relevancia para determinar el “peso abstracto” que se le otorga a este derecho en cada ordenamiento jurídico al momento de resolver un conflicto relacionado con su ejercicio.

Una tercera variable son las apreciaciones empíricas sobre la afectación de los derechos en colisión, que pueden tener un distinto grado de certeza. Dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca a cada una. En estos supuestos, el tema probatorio resulta particularmente importante.

Por lo expuesto, al momento de resolver una controversia relacionada con el derecho al medio ambiente, las autoridades jurisdiccionales deben estar en capacidad de: a) identificar el grado o intensidad de afectación o limitación del derecho y de la protección del otro derecho o bien constitucionalmente protegido, b) asignar “pesos abstractos” a los derechos o bienes en colisión, c) determinar el nivel de certeza de las apreciaciones empíricas que puedan existir sobre los derechos o bienes en colisión. La

ponderación no es una labor sencilla, pues son diversos los aspectos que deben ser evaluados al momento de evaluar los derechos o bienes en juego.

A nivel de la doctrina norteamericana se han establecido dos modelos de ponderación. Por un lado, el *ad hoc balancing* (es decir, una ponderación de acuerdo a los elementos presentes en el caso concreto, sin la determinación de premisas previas), y de otra parte, el *definitional balancing* (es decir, una ponderación que se realiza tomando en consideración un conjunto de premisas de antemano establecidas por las máximas cortes de justicia).

La técnica de la ponderación ha sido objeto de críticas, pues se considera que permite el sacrificio de unos derechos a favor de otros, en lugar de promover su armonización, a la vez que desconoce los principios de normatividad y unidad de la Constitución, y lleva a soluciones inconstitucionales e injustas (Castillo 2005: 378-385). A pesar de estas críticas, la ponderación sigue siendo un método muy empleado para el análisis de temas como los conflictos entre derechos fundamentales o los límites legales a su ejercicio. En el ámbito interno, es el método empleado por el Tribunal Constitucional peruano para la resolución de casos sobre ambas materias, aunque no siempre lo aplica adecuadamente.

En este sentido, sin dejar de reconocer sus deficiencias, la ponderación ocupa un lugar importante en el análisis jurídico sobre los derechos fundamentales, por lo que es necesario evaluar de forma constante la manera en que viene siendo aplicada por parte de los operadores jurídicos, a fin de perfeccionar su empleo o –de ser el caso- buscar

técnicas alternativas para resolver los problemas que se originan como consecuencia del ejercicio de los derechos fundamentales.

1.7.2 Test de proporcionalidad

Este método se emplea principalmente cuando se presenta un caso en el cual se establece una restricción o límite al ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual también puede ocurrir en el caso del derecho al medio ambiente, pues tanto en el derecho comparado como a nivel nacional se han presentado situaciones calificadas como “límites “ a su ejercicio. Sin embargo, es más apropiado señalar que muchas decisiones de las entidades estatales, normativas o de otro tipo, que implican la restricción o límite de determinado derecho fundamental, en particular las libertades económicas, encuentra sus sustento en la protección del medio ambiente, supuesto en el cual la aplicación del test de proporcionalidad resulta de relevancia para la resolución de la controversia.

Como regla general, los límites a los derechos fundamentales deben respetar un conjunto de requisitos, formales y sustantivos, para que puedan ser calificados como compatibles con la Constitución. Para verificar el cumplimiento de estos requisitos, corresponde seguir un conjunto de pasos, que en su gran mayoría se encuentran agrupados bajo el denominado *test de proporcionalidad*. Si el límite a este derecho fundamental logra superarlos, se estará ante una medida compatible con su ejercicio. En caso contrario, el límite será considerado como arbitrario.

Los pasos a seguir para analizar los límites a los derechos fundamentales son los siguientes:

- i. Delimitar el contenido del derecho objeto de restricción.
- ii. Identificar el objetivo que se desea alcanzar mediante el límite o restricción.
- iii. Evaluar la relación entre el límite al derecho y el objetivo que se desea alcanzar.
- iv. Evaluar la necesidad de la restricción.
- v. Evaluar la proporcionalidad de la restricción.
- vi. Respetar el contenido esencial del derecho objeto de limitación.

A través de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano ha aplicado el test de proporcionalidad para resolver controversias relacionadas con el ejercicio de los derechos fundamentales. Al igual que en el caso de la ponderación, su empleo no ha sido del todo satisfactorio.

1.7.3 Particularidades de la tutela procesal del derecho al medio ambiente

Existen algunas situaciones particulares, propias de algunos derechos, o de grupos de derechos, que deben ser tomadas en cuenta para una mejor comprensión de los reales alcances y posibilidades de su protección constitucional.

Así por ejemplo, en el caso de los denominados derechos civiles y políticos, como la libertad física, la libertad de reunión o la libertad de expresión, los actos lesivos serán

frecuentemente acciones por parte de las autoridades que afectan su ejercicio (detención arbitraria, censura o impedimento de reunión, respectivamente); mientras que en el caso de los denominados derechos sociales, las demandas por lo general son presentadas contra omisiones, como el no pago de una pensión mínima (lo que afecta el derecho a la pensión) o la no prestación de una determinada atención médica cuando las circunstancias urgentes lo justifican (lo que afecta el derecho a la salud). Se trata de una diferencia importante, que sin duda repercute en la decisión que finalmente adopten los tribunales nacionales, por cuanto respecto a las acciones que tome una autoridad y que sean consideradas lesivas de los derechos fundamentales, los jueces y tribunales ordenarán su cese inmediato, situación que por lo general no tiene efectos o consecuencias adicionales. Sin embargo, una situación diferente se presenta cuando el acto lesivo es una omisión y la sentencia respectiva ordena que se lleve a cabo una determinada prestación, que en la mayoría de casos va a tener un costo o repercusión de índole económica, situación que ha dado lugar a un interesante debate doctrinario sobre la real eficacia de la protección judicial de los denominados derechos sociales.

En el caso del derecho al medio ambiente, especial atención debe darse a las repercusiones que puede tener una determinada decisión judicial respecto a la conducta a ser asumida, por el Estado o los particulares, respecto a la orden que se emita para garantizar su tutela, en particular el impacto de dicha decisión en la realización de diversas actividades económicas. Recordemos que, por lo general, las demandas para la protección del medio ambiente se presentan contra actos lesivos relacionados con el ejercicio de una actividad económica, amparada en la libertad de comercio, empresa o industria, que también son reconocidas como derechos fundamentales –las denominadas

libertades económicas-, y cuyo ejercicio debe ser ponderado con la protección del medio ambiente.

Del mismo modo, resulta importante destacar que la titularidad del derecho al medio ambiente no recae en una persona, sino en un grupo indeterminado de personas, lo cual habrá de tener una repercusión en lo que finalmente se señale en la parte resolutive de una sentencia estimatoria, pues los efectos de dicha decisión van a tener un impacto mucho mayor a cualquier otra que pueda ser emitida respecto a la tutela de otros derechos fundamentales. En estos casos, no se trata de extender los efectos de la sentencia a situaciones similares sino que por el hecho mismo de tratarse de un derecho con titularidad difusa, la decisión tendrá un impacto y alcance supraindividual.

Estas particularidades presentes en la resolución de casos relacionados con el derecho al medio ambiente son relevantes para evaluar la eficacia de su protección a través del amparo. En este sentido, siempre debe evaluarse si el Tribunal Constitucional toma en consideración dichas particularidades al momento de pronunciarse sobre las demandas de tutela del medio ambiente; o si por el contrario, las resuelve como si se tratara de cualquier otro derecho fundamental.

1.8 Principios en materia de Derecho Ambiental

1.8.1 Aspectos generales

A nivel del Derecho Ambiental se han ido desarrollando un conjunto de principios, que buscan constituirse en puntos de partida a partir de los cuales se desarrollen las acciones

orientadas a proteger el medio ambiente. Tales principios han tenido un desarrollo importante en el denominado Derecho Internacional Ambiental, en particular en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Sobre la repercusión de estos principios en el ámbito del derecho internacional se ha señalado:

Los principios del derecho ambiental han jugado un rol importante en el desarrollo de las normas del derecho internacional ambiental y ha dado lugar a normas jurídicas más específicas. Desde que más y más normas jurídicas y objetivos claros (prohibiciones y reducción de emisiones) han sido aceptadas en tratados, la búsqueda de principios de derecho ambiental que posean el carácter de norma consuetudinaria ha sido menos esencial. En vez de buscar nuevos principios, el derecho internacional del medio ambiente ha alcanzado un momento para la estabilidad y la implementación de sus principios y normas jurídicas [...]. (Maes 2007: 224-225)

A nivel nacional, los principios que rigen la protección del medio ambiente se encuentran en la Ley General de Ambiente (2005), definidos de la siguiente manera:

- *Principio de sostenibilidad*: Conforme al artículo V de la Ley, la gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la ley “se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones”.
- *Principio de prevención*: Conforme al artículo VI de la Ley, la gestión ambiental “tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las

medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan”.

- *Principio de internalización de costos:* Conforme al artículo VIII de la Ley, toda persona natural o jurídica, pública o privada, “debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos”.
- *Principio de responsabilidad ambiental:* Conforme al artículo IX de la Ley, “el causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar”.
- *Principio de equidad:* Conforme al artículo X de la Ley, el diseño y la aplicación de las políticas públicas ambientales “deben contribuir a erradicar la pobreza y reducir las inequidades sociales y económicas existentes; y al desarrollo económico sostenible de las poblaciones menos favorecidas. En tal sentido, el Estado podrá adoptar, entre otras, políticas o programas de acción afirmativas, entendidas como el conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación

de los miembros del grupo al que están destinadas, en un aspecto o varios de su vida social o económica, a fin de alcanzar la equidad efectiva”.

- *Principio de Gobernanza Ambiental*: Conforme al artículo XI de la Ley, este principio rige “el diseño y aplicación de las políticas públicas ambientales [...] que conduce a la armonización de las políticas, instituciones, normas, procedimientos, herramientas e información de manera tal que sea posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia”.

Junto con todos estos principios, el denominado *Principio precautorio* es uno de los que mayor atención ha generado, y que incluso ha servido de sustento para decisiones de especial importancia del Tribunal Constitucional respecto a la protección del derecho al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo, por lo cual se considera apropiado desarrollarlo de forma separada.

1.8.2 Una especial referencia al principio precautorio

Este es uno de los principios que mayor debate ha generado en cuanto a sus alcances, lo que repercute en la decisión de emplearlo para adoptar decisiones relacionadas con la protección del derecho al medio ambiente. Como premisa previa se puede señalar lo siguiente respecto a su diferencia con el principio de prevención, que conforme se ha visto en la sección anterior, tiene un reconocimiento por separado:

Precaución no es lo mismo que prevención. Desde luego, en ambos casos existe la característica común de la adopción de medidas preventivas para la protección del medio ambiente; sin embargo, y a partir de que la idea de precaución se consagra en el principio 15 de la Declaración de Río, el elemento fundamental que lo distingue de éste y otros principios es la evidencia científica. Esto es, si tradicionalmente las medidas ambientales preventivas se originaban sólo a partir de información científica existente, la idea de precaución estableció precisamente que la “falta de certeza científica absoluta no será razón para posponer medidas de protección ambiental. (Nava 2011: 62)

En similar perspectiva, sobre las bondades que ofrece este principio y sobre la cautela que debe tenerse al momento de ser emplearlo se ha señalado:

[...] el principio de cautela es, desde luego, un instrumento eficaz y como tal aparece reclamado para hacer frente a la incertidumbre de numerosas categorías de riesgos (vgr., ecológicos, alimentarios, químicos, genéticos, tecnológicos, etc.), tan abundantes, por otra parte, en esta «sociedad del riesgo» que nos envuelve. En este difícil contexto, el principio de precaución [...] aparece concebido fundamentalmente como un tratamiento de choque (shock), enderezado así a ofrecer una respuesta inmediata ante una amenaza de riesgo que, aun de manera incierta o incompleta, cuenta ya con indicios científicos creíbles que alertan de sus graves consecuencias sobre la salud o el medio ambiente. Ese formidable vigor y las bondades que atesora este principio no deben convertirse, sin embargo, en razón suficiente para justificar lisa y llanamente una extensión por doquier del mismo y para admitir sobre ello una aplicación indiscriminada. De la misma forma que tampoco la dificultad de contener y fiscalizar su aplicación en concreto por parte de los poderes públicos ha de llevar a abdicar de su control en términos jurídicos. Dificultades las hay, qué duda cabe. Pero, por encima de ellas, es preciso [...] realizar un esfuerzo para reconducir y encuadrar el principio de precaución —que no deja de ser, también, un principio jurídico— en nuestras categorías e instituciones jurídicas. [...] El reto que se presenta es, desde luego, complicado y, a la vez, apasionante. Pero, sobre todo, es un reto necesario en aras de que el principio de precaución se instale y desarrolle en un terreno abonado por la prudencia; una prudencia que en algo suministra la presencia como límite infranqueable de la sujeción al imperio de la Ley y el Derecho. (Cierco 2004: 124-125)

Desde un enfoque constitucional, la observancia del principio precautorio también puede ser de utilidad para resolver las controversias que se generen entre el derecho de propiedad o las libertades económicas y el derecho al ambiente:

[El] valor que paulatinamente se ha ido reconociendo a los derechos colectivos y al interés público en general no puede convertirse en un argumento para desconocer derechos que pertenecen a la mínima esencia de lo que implica vivir en libertad y reconociendo la individualidad de quienes conformamos la sociedad.

Por eso, encontramos que el principio de precaución se constituye en un elemento de enlace entre el derecho mercantil y el derecho ambiental, pues en tal principio se parte de la idea de que el derecho al ambiente sano prima sobre la libertad de los individuos para actuar, pero también se reconoce que esa restricción a la libertad solo puede imponerse si no hay certeza concreta sobre los efectos de una acción sobre el ambiente, pues de lo contrario, es decir, de disponer de pruebas o estudios que demuestren que determinada acción no produce daños al ambiente, debe optarse por dar paso a la libertad de los individuos para actuar. Es decir, el principio de precaución tiene incorporados dentro de su enunciado los valores más caros al derecho: la libertad y las restricciones impuestas a esta en aras del bien común y del orden, con lo cual recoge dentro de sí mismo los elementos esenciales del conflicto que encontramos entre los discursos del derecho ambiental y el derecho comercial. (Wilches-Durán 2011: 307)

En el Perú, la precisión sobre los alcances de este principio ha dado lugar a modificaciones normativas. En un inicio, la Ley del Sistema de Gestión Ambiental –en su artículo 5º, inciso k- lo definió de la siguiente manera:

Artículo 5.- De los Principios de la Gestión Ambiental

La gestión ambiental en el país, se rige por los siguientes principios: [...]

k. Aplicación del criterio de precaución, de modo que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

Posteriormente, la Ley General del Ambiente (Ley 28611, del año 2005) también recogió este principio con similares alcances:

Artículo VII.- Del principio precautorio

Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

En el año 2007, mediante una modificación a la Ley del Sistema de Gestión Ambiental²⁷, se establecieron precisiones en torno al principio precautorio. En este sentido se dispuso:

Artículo 5.- De los Principios de la Gestión Ambiental

La gestión ambiental en el país, se rige por los siguientes principios: [...]

k. Precautorio, de modo que cuando haya indicios razonables de peligro de daño grave o irreversible al ambiente o, a través de este, a la salud, la ausencia de certeza científica no debe utilizarse como razón para no adoptar o postergar la ejecución de medidas eficaces y eficientes destinadas a evitar o reducir dicho peligro. Estas medidas y sus costos son razonables considerando los posibles escenarios que plantee el análisis científico disponible. Las medidas deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción. La autoridad que invoca el principio precautorio es responsable de las consecuencias de su aplicación.

Estas modificaciones reflejan el interés del legislador por precisar los alcances de un principio que ha generado dudas en cuanto su contenido y aplicación práctica, que no deberían ser empleadas por los Estados como una excusa para no adoptar medidas orientadas a garantizar el medio ambiente:

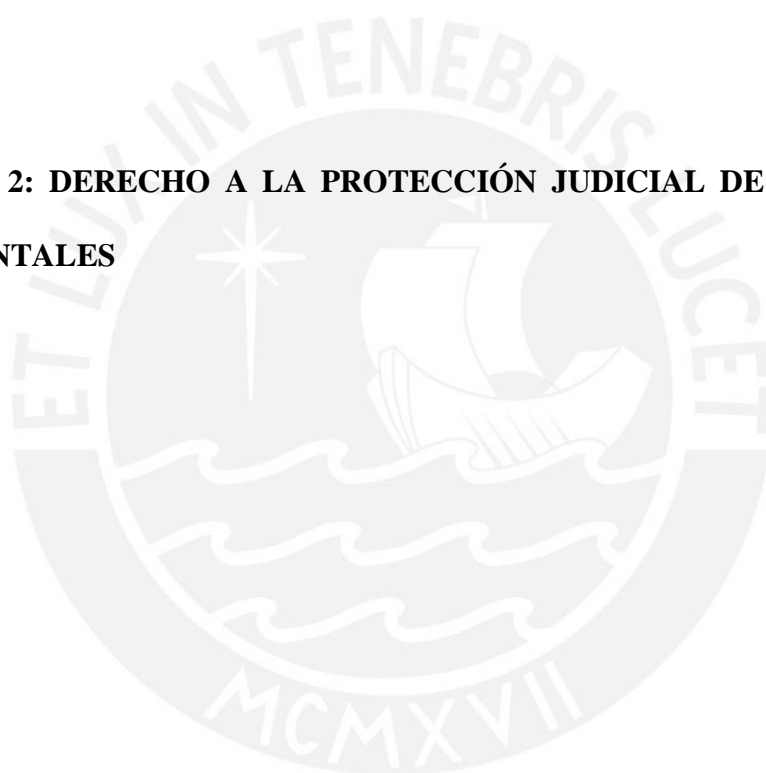
²⁷ El literal k del artículo 5° fue modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29050, publicada el 24 junio 2007. En el artículo 2° de esta ley se dispuso: “Adecúase el texto del artículo VII de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, y el de todo texto legal que se refiera al “criterio de precaución”, “criterio precautorio” o “principio de precaución” a la definición del Principio Precautorio que se establece en el artículo 5 de la Ley N° 28245, modificado por el artículo 1 de esta Ley”.

Si bien es cierto que por lo menos es contundente la obligación de los Estados de invocar la idea de precaución, la incertidumbre y la ambigüedad que giran en torno a su contenido, implicaciones y alcances hace aún más difícil determinar el grado de cumplimiento. Quedan pendientes de contestar preguntas tales como ¿qué se debe entender por incertidumbre científica absoluta?, ¿cuál es el alcance y qué significado tiene el daño grave e irreversible?, ¿cuáles son los indicadores para determinar las capacidades conforme a las que los Estados deberán aplicar ampliamente el principio o criterio de precaución?, etcétera.

Con todo, los disensos que existen alrededor de su significado y alcances no excusan a los Estados a no orientar sus acciones para comprometerse y comportarse dentro de los parámetros jurídicos que se desprenden de la idea de precaución. Independientemente del término que se quiera usar (principio, enfoque, criterio, medida) parte de ese comportamiento debe reflejarse en las legislaciones internas de los Estados en el entendimiento de que su aplicación tendrá implicancias a nivel económicos, socio-cultural y ambiental; estas áreas constituyen los pilares del desarrollo sustentable. (Nava 2011: 66)

Lo expuesto con relación a este principio resulta de importancia para la presente investigación por cuanto diversas resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional se sustentan en el principio precautorio. En el capítulo final de este trabajo se evaluará y analizará la forma en que ha sido empleado para delimitar el uso del proceso de amparo para la protección del derecho al medio ambiente.

CAPÍTULO 2: DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES



En el primer capítulo se han expuesto los aspectos centrales del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado, con la finalidad de lograr una mejor comprensión de los límites y posibilidades de su protección a través del proceso constitucional de amparo. Pero adicionalmente a ello, también corresponde analizar los fundamentos de este proceso de tutela de derechos fundamentales.

Como indicamos al reflexionar sobre los fundamentos de los derechos fundamentales, el estudio y análisis de toda institución jurídica debe empezar por identificar sus fundamentos, es decir, las razones que justifican su importancia y el reconocimiento especial que recibe en un ordenamiento jurídico. Se trata de una perspectiva dogmática, un análisis teórico de la institución.

En el caso específico de los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, como el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data, el tema de sus fundamentos ha sido poco abordado por la doctrina, lo que puede erróneamente llevar a pensar que, en tanto su desarrollo presenta características diferentes en el derecho comparado, no resulta posible identificar un estándar común sobre sus fundamentos, ámbito de protección y normativa esencial. Tal situación se evidencia en el hecho que - por lo general- en la bibliografía sobre estos procesos, luego de realizarse un recuento histórico sobre su origen, se proceda de inmediato al análisis de sus principales características, a partir del respectivo marco normativo y jurisprudencial existente en un país determinado, con algunas referencias al derecho comparado. Casi nunca se encuentra en estos estudios alguna referencia al fundamento de tales procesos.

Por ello, como premisa previa para el análisis de la protección judicial del derecho al medio ambiente a través del proceso de amparo, corresponde analizar los fundamentos de esta institución jurídica, en la perspectiva de identificar algunos estándares mínimos que dicha protección debe tener. En este sentido, este capítulo de la investigación se centra en el análisis del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales como fundamento de los procesos constitucionales orientados a la tutela de estos derechos. Se trata de un derecho que cuenta con un reconocimiento expreso en las normas internacionales, así como en el ámbito nacional, aunque de forma indirecta. Dado que, por lo general, los textos constitucionales señalan de forma directa cuáles son los procesos constitucionales que pueden ser empleados para proteger derechos fundamentales, no mencionan de forma expresa el derecho fundamental a la protección de tales derechos, lo que ha llevado a que este último tema –premise básica del anterior– sea poco desarrollado. Tal situación genera serios problemas, pues en tanto los operadores jurídicos no comprendan a cabalidad los fundamentos de una institución jurídica, difícilmente podrá evaluarse adecuadamente el marco normativo y jurisprudencial que la desarrolla.

Tomando en consideración lo expuesto, procederemos a explicar los fundamentos del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, su reconocimiento en el derecho internacional y en los textos constitucionales, los principales actos lesivos a su ejercicio y la forma en que ha sido desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Sólo después del desarrollo y cabal comprensión de estas materia, será posible realizar una evaluación sobre el proceso de amparo como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales y, en particular, para la protección del derecho al medio ambiente.

2.1 Fundamentos de la protección judicial de derechos fundamentales

Para comprender los fundamentos del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales se requiere de forma previa recordar la importancia de estos últimos, en tanto se trata de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas (Pérez Luño 1995: 48). En este sentido, los derechos fundamentales o derechos humanos comprenden un conjunto de derechos de particular importancia, esenciales para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. Este tema ha sido desarrollado de forma amplia en el primer capítulo.

El reconocimiento de la importancia de estos derechos implica que cuando se vean afectados, dicha situación debe ser revertida mediante el uso de mecanismos adecuados que permitan que el derecho quede garantizado y libre de similares amenazas a futuro. Para tal efecto, se han ido creando diversos instrumentos orientados a la protección de los derechos fundamentales, con distintos efectos y a cargo de diversas instancias. Como afirma Rolla, “condición indispensable para la existencia de un derecho es la de su garantía: no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente”, razón por la cual las “constituciones liberales y democráticas prevén formas de tutela, instrumentos e instituciones de garantía” (2011: 294). En similar dirección se ha señalado:

[La] protección de los derechos fundamentales que debe procurar el Estado no es cualquier protección. Se trata, en todo caso, de una protección efectiva, es decir, una protección que garantice que, en la práctica, los derechos fundamentales sean respetados por todos. De modo que en la Constitución encontramos inserto un principio, el principio de efectividad, que permite juzgar la constitucionalidad de los actos de

protección de los derechos fundamentales y censurarlos desde la óptica no tanto de su validez procedimental o sustancial sino desde la perspectiva de si esos actos garantizan o no en la realidad la garantía integral de los derechos. (Prats 2010: 165)

Entre todos los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, los que implican una protección judicial adquieren especial importancia y singularidad. Mientras que la protección a cargo de instituciones como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo presentan las limitaciones propias de las funciones que corresponden a estos órganos (denuncia penal en el caso del primero, magistratura de la persuasión en el caso del segundo), la protección a cargo de instituciones jurisdiccionales se presenta como la más completa, a objeto de tutelar de forma adecuada y eficaz los derechos fundamentales. Esto obedece principalmente a dos factores; en primer lugar, a que las decisiones jurisdiccionales por las cuales se adopta una medida relacionada con los derechos y obligaciones de las personas tienen calidad de cosa juzgada, y en segundo lugar, porque tales decisiones son de cumplimiento obligatorio.

De todas las decisiones que pueden ser adoptadas para proteger un derecho fundamental, la que emiten los órganos jurisdiccionales es la que mayor garantía ofrece para una tutela efectiva, pues necesariamente debe estar revestida de determinadas garantías, e incluso ser reconocida como un derecho fundamental. En este sentido, junto con el reconocimiento de los derechos inherentes al ser humano para su desarrollo, se hace imprescindible reconocer el derecho de protegerlos en sede judicial.

Esta perspectiva de análisis implica evaluar el contenido de las normas y la jurisprudencia que regulan los procesos que se siguen ante los órganos jurisdiccionales y los problemas que en los hechos se presentan y afectan su normal desarrollo. Así por

ejemplo, no puede explicarse lo que ocurrió con los procesos constitucionales en el país durante la década de los ochenta y noventa del siglo pasado con solo hacer mención a la Ley N° 23506 y sus modificatorias, pues resulta imprescindible comprender la delicada situación por la que atravesó el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en aquellos años, lo que explica el poco grado de eficacia que hubo en la protección judicial de los derechos fundamentales.

En atención a lo expuesto, el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales se fundamenta en el reconocimiento mismo de estos derechos como base del Estado Constitucional, los cuales requieren de una protección rápida y efectiva ante cualquier situación en la que sean objeto de una amenaza o violación, siendo los procesos constitucionales previstos en la Constitución las vías más idóneas para alcanzar dicha tutela procesal.

2.2 Reconocimiento internacional

El derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales se encuentra reconocido de forma expresa en diferentes normas internacionales, por lo general bajo la denominación de *recurso efectivo*. El siguiente cuadro es ilustrativo al respecto:

Declaración Universal de los Derechos Humanos	“Artículo 8°.- Toda persona tiene derecho a un <u>recurso efectivo</u> , ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley” -subrayado nuestro.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y	“Artículo 2°.- 3.- Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a

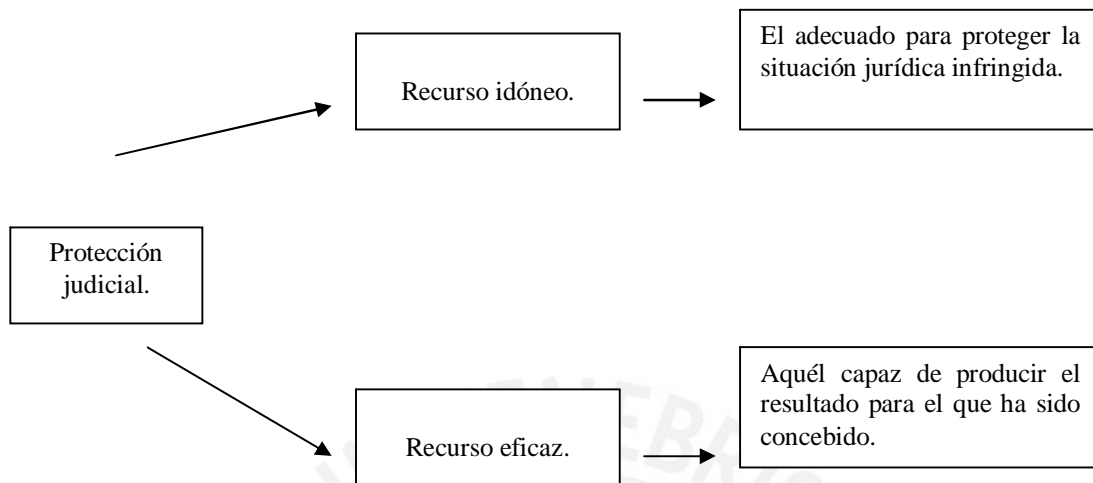
<p>Políticos</p>	<p>garantizar que:</p> <p>a.- Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un <u>recurso efectivo</u>, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (...)" –subrayado nuestro.</p>
<p>Convención Americana sobre Derechos Humanos</p>	<p>“Artículo 25°.-</p> <p>1.- Toda persona tiene derecho a un <u>recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo</u> ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. (...)" –subrayado nuestro.</p>

Respecto a este reconocimiento internacional corresponde señalar lo siguiente:

- En el caso de la Declaración Universal y la Convención Americana, se especifica que el derecho al recurso efectivo debe concretarse ante los órganos jurisdiccionales del Estado, mientras que el Pacto Internacional sólo hace mención al derecho al recurso, pero sin especificar el tipo de órgano ante el cual corresponde exigir la tutela de un derecho fundamental.
- Tanto la Declaración Universal, el Pacto Internacional y la Convención Americana reconocen el derecho de toda persona de acceso a la justicia, y a la vez mencionan de forma específica el derecho a un recurso efectivo para la tutela de los derechos fundamentales, los cuales se encuentran estrechamente vinculados.

- La expresión *recurso efectivo* no debe ser confundida con la definición que desde el Derecho Procesal se otorga al término *recurso*, entendido como el mecanismo de impugnación de una resolución judicial ante un órgano superior al que la emitió. La idea detrás del recurso efectivo que reconocen los instrumentos internacionales se encuentra en la necesidad de garantizar el acceso a los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos cuenta con una extensa jurisprudencia sobre los alcances del artículo 25° de la Convención Americana, que reconoce el derecho al recurso efectivo. Desde sus primeras decisiones (como el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, de 1988) ha afirmado que, a fin de garantizar la protección judicial de los derechos fundamentales, no basta con que los recursos judiciales respectivos se encuentren establecidos de modo expreso en la Constitución o la ley, o con que sean formalmente admisibles, sino que deben ser adecuados y eficaces para determinar si se han violado estos derechos y adoptar las medidas necesarias que permitan restablecer su ejercicio. Para la Corte, un recurso es adecuado si, dentro del derecho interno, resulta “idóneo para proteger la situación jurídica infringida”, mientras que su eficacia implica que debe ser “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988: 14). Esta explicación de la Corte puede ser graficada de la siguiente manera:



Desde esta perspectiva, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que resulten ineficaces por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, lo cual puede ocurrir, por ejemplo:

[...] cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987b: 7)

Esta línea jurisprudencial de la Corte Interamericana ha sido desarrollada principalmente a propósito de casos en los que verificó diversos problemas relacionados con la resolución de demandas de hábeas corpus y amparo. Por ello, es válido afirmar que estos procesos constitucionales constituyen mecanismos a través de los cuales se concreta el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales (Corte

Interamericana de Derechos Humanos 1987a: 10). En este sentido, el derecho internacional constituye una fuente importante para evaluar si el marco legal y el desarrollo de estos procesos a nivel interno permiten alcanzar una tutela eficaz de estos derechos. Incluso la Corte Interamericana ha identificado problemas concretos relacionados con el abuso de los procesos constitucionales de amparo con la finalidad de impedir, por ejemplo, las investigaciones por casos de violaciones a los derechos humanos. En un caso concreto señaló:

En este caso la Corte observa que las disposiciones que regulan el recurso de amparo, la falta de debida diligencia y la tolerancia por parte de los tribunales al momento de tramitarlo, así como la falta de tutela judicial efectiva, han permitido el uso abusivo del amparo como práctica dilatoria en el proceso. Asimismo, luego de transcurridos más de 15 años de iniciado el proceso penal y 27 años de ocurridos los hechos, dicho proceso se encuentra aún en su etapa inicial [...]

En el presente caso el recurso de amparo se ha transformado en un medio para dilatar y entorpecer el proceso judicial y en un factor para la impunidad. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente caso el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, que configuran el acceso a la justicia de las víctimas [...]. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2009: 37-38)

Finalmente, es importante señalar que en los últimos años la Corte Interamericana ha ampliado los alcances del artículo 25° de la Convención, de tal forma que no solo se considere como parte de la protección judicial de derechos a los procesos constitucionales sino también a los procesos penales, cuando son iniciados respecto a casos relacionados con graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, esta interpretación no ha estado libre de críticas:

Esta interpretación de la Corte IDH, según la cual el derecho a un recurso efectivo comprende el derecho a que la víctima ponga en marcha una investigación penal, debe ser apreciada con cautela, ya que existen dos posibles lecturas del artículo 25. Una

postula que éste consagra el derecho a un recurso con ciertas características específicas: sencillo, rápido y efectivo, lo que típicamente ha correspondido al denominado recurso de amparo de derechos. Desde esta perspectiva, el establecimiento de procesos penales como mecanismos para resguardar los derechos humanos, tendría su fundamento en el artículo 1.1. Pero por otro lado, también se ha entendido que el proceso penal puede considerarse un recurso efectivo en los términos del artículo 25, por cuanto éste no sólo consagraría el amparo sino que “cualquier otro recurso efectivo”. El proceso penal entonces tendría que satisfacer la característica de efectividad, pero no necesariamente las de sencillez y rapidez. Sin perjuicio de ello, al menos dos cosas son claras. Primero, el amparo no es el único recurso que el Estado tiene el deber de asegurar eficazmente en su ordenamiento y, segundo, no pueden trasladarse las características del recurso de amparo a los procesos penales. Aunque estos últimos sí deben ajustarse a la exigencia de efectividad y a los requerimientos que impone el derecho al debido proceso (Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile 2009: 11).

Este nuevo enfoque de la Corte no puede pasar desapercibido, pues permite apreciar que existe una tendencia por comprender como mecanismos de protección judicial de los derechos fundamentales, no sólo a los procesos constitucionales sino también a los procesos penales, sin que ello signifique que su regulación deba ser la misma. En el capítulo anterior tuvimos ocasión de referirnos a la relación existente entre ambos procesos respecto al derecho al medio ambiente.

2.3 Reconocimiento constitucional

A diferencia de lo que ocurre con los instrumentos internacionales de derechos humanos, el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales no se encuentra reconocido de modo expreso en la Constitución peruana de 1993. Esta puede ser una de las razones por las cuales la doctrina nacional ha prestado poca atención a un derecho de tanta importancia, lo cual no resulta justificado, especialmente si el mismo

cuenta con un amplio desarrollo a nivel de normas internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico nacional.

Esta omisión del texto constitucional no puede llevar a concluir que no se trata de un derecho que cuente con fundamentos constitucionales. En primer lugar, debe recordarse que el artículo 139° inciso 3° de la Constitución reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, cuyo contenido abarca el derecho de acceso a la justicia, por medio del cual se reconoce el derecho de toda persona para acudir a los órganos jurisdiccionales a fin de hacer valer cualquier tipo de pretensión relacionada con sus derechos y obligaciones jurídicas, siendo la tutela de sus derechos fundamentales una de las variadas y numerosas pretensiones que pueden exigirse ante los tribunales. En segundo lugar, puede argumentarse que al reconocer la Constitución en su artículo 200° un conjunto de procesos para la tutela de derechos fundamentales, implícitamente está reconociendo el derecho a la protección judicial de estos derechos. Esta línea interpretativa ha sido recogida por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia, al señalar que “detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”²⁸. Adicionalmente, debe señalarse que en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha hecho referencias importantes al artículo 25° de la Convención Americana y las decisiones de las Corte Interamericana sobre la materia, lo que ha permitido identificar situaciones contrarias a este derecho, sobre lo cual tendremos ocasión de pronunciarnos más adelante.

²⁸ Sentencia 1230-2002-HC (caso César Tineo Cabrera), publicada el 29 de agosto del 2002, fundamento 4, segundo párrafo.

Sin perjuicio de estos argumentos, que permiten identificar un reconocimiento constitucional del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, en una futura reforma al texto constitucional de 1993 sería adecuado incluir un artículo en el cual se reconozca de forma expresa este derecho, luego de lo cual se podrían mencionar cuáles son los procesos constitucionales a través de los que se concreta dicha protección.

2.4 Actos lesivos del derecho a la protección judicial de derechos fundamentales

Una revisión de los casos resueltos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos permite identificar hasta seis actos o situaciones lesivas del derecho a la protección judicial de derechos fundamentales. A continuación haremos mención a cada uno, con referencias concretas a casos resueltos por la Comisión y la Corte Interamericana en controversias contra el Estado peruano, lo que permitirá identificar pronunciamientos sobre el desarrollo de los procesos constitucionales en el país.

2.4.1 Vigencia de normas que impiden solicitar la protección judicial de derechos fundamentales

Este acto lesivo se presenta cuando se establecen normas mediante las cuales se impide de forma expresa presentar un recurso judicial para la tutela de derechos fundamentales. Se trata de una situación frecuente en diversos países, que se suele justificar en la necesidad de impedir la presentación de demandas que puedan paralizar la ejecución de una determinada decisión o que signifiquen una considerable carga procesal. Entre otros argumentos, se suele apelar a la seguridad jurídica para justificar normas de este tipo.

A modo de ejemplo se puede revisar la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo*, del 17 de setiembre de 1997. En este caso, la legislación emitida por el Estado demandado (Perú) prohibía la presentación de hábeas corpus a favor de personas procesadas por el delito de traición a la patria, sea para salvaguardar su libertad personal o cuestionar la legalidad de la detención, lo que fue considerado por la Corte como violatorio del artículo 25° de la Convención Americana.

De otro lado, en un caso conocido por la Comisión Interamericana se evaluó la compatibilidad entre el artículo 25° de la Convención y el artículo 142° de la Constitución de 1993, que prohíbe de forma expresa la revisión judicial de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones -tema sobre el cual volveremos más adelante, cuando analicemos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta disposición constitucional²⁹.

Los fallos emitidos en el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos deben traer como consecuencia inmediata la modificación, al interior de los Estados, de aquellas normas que impiden la presentación de demandas con la finalidad de obtener la tutela judicial de derechos fundamentales. Otra opción puede ser, como ocurrió en el caso peruano, a propósito del citado artículo 142° de la Constitución, que tales normas reciban una novedosa interpretación por parte de los tribunales, en atención a lo cual, a pesar de existir una prohibición expresa, se admitan excepciones justificadas.

²⁹ Informe N° 119/99, caso 11.428 (Susana Higuchi Miyagawa - Perú), del 6 de octubre de 1999.

A propósito de esta materia, el artículo 5° inciso 2° del Código Procesal Constitucional, al impedir la presentación de una demanda de amparo cuando exista otra vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la tutela del derecho invocado, podría ser entendido como contrario a la protección judicial de derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales, tema sobre el cual también nos pronunciaremos en el siguiente capítulo de la tesis.

2.4.2 Actos que impiden presentar una demanda de protección judicial de derechos fundamentales

Aparte de la existencia de normas como las mencionadas en el acápite anterior, pueden presentarse otras situaciones relacionadas con conductas que impiden en los hechos que una persona pueda presentar un recurso judicial para la tutela de sus derechos fundamentales. Esto puede ir desde la inexistencia de un mecanismo judicial idóneo para tal objetivo hasta la ausencia de actividad por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado –por ejemplo, una huelga u otro tipo de paralización de actividades- que impida el acceso de los ciudadanos a los tribunales.

A modo de ejemplo se puede revisar el Informe 1/95 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso 11.006, *Alan García Pérez*), del 7 de febrero de 1995. En este caso se quiso presentar un hábeas corpus a favor del ex presidente de la República del Perú, pues se afirmaba que existían indicios suficientes para demostrar una persecución en su contra luego del golpe de Estado que ocurrió en el país el 5 de abril de 1992. Para tal efecto, la esposa del ex presidente acudió a las instalaciones del Palacio de Justicia (una de las sedes del Poder Judicial), pero éste se encontraba resguardado por las

Fuerzas Armadas, lo que impidió, de acuerdo a la Comisión Interamericana, “*ingresar al mismo o mantener contacto con los magistrados de turno*”.

Este tipo de decisiones del sistema interamericano debe traer como consecuencia que los Estados adopten las medidas que sean necesarias para garantizar que los ciudadanos no se vean impedidos de acceder a los órganos jurisdiccionales a fin de solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

2.4.3 Actos que impiden resolver una demanda de protección judicial de derechos fundamentales

Este acto lesivo se presenta cuando a pesar de haberse logrado presentar un recurso judicial para la protección de derechos fundamentales, el mismo no puede ser resuelto por las autoridades judiciales, por diferentes circunstancias. En tales situaciones, se habrá cumplido con la formalidad de acudir a los tribunales pero no con la esencia del derecho a la protección judicial, cual es la emisión de un fallo por medio de cual, sobre la base de los hechos probados, se garantice la tutela de los derechos fundamentales.

A modo de ejemplo se puede citar la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana en el caso Durand y Ugarte, del 16 de agosto del 2000. En este caso, si bien se pudo presentar un hábeas corpus a favor de las personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios, cuyo paradero era incierto luego de la debelación de un motín, los jueces no pudieron ingresar a dichos penales pues fueron declarados “zonas militares restringidas”, lo cual impidió –en términos de la Corte- “investigar y

determinar el paradero de las personas a favor de las cuales se había interpuesto el recurso” (parágrafo 100 de la sentencia).

Este tipo de decisiones del sistema interamericano debe dar lugar a que los Estados establezcan todas las medidas que sean necesarias para garantizar que las autoridades jurisdiccionales puedan llevar a cabo todas las diligencias orientadas a dar una respuesta oportuna a los pedidos de protección judicial de derechos fundamentales.

Esta materia cobra especial relevancia en el ámbito de la protección del derecho al medio ambiente por dos razones. En primer lugar, porque en estos casos puede ser necesario que los jueces realicen diligencias en zonas consideradas como contaminadas o soliciten informes técnicos a las autoridades competentes para mejor resolver, siendo necesario colaborar en todo sentido para que pueda emitirse una sentencia fundada en todos los elementos necesarios para resolver. En segundo lugar, porque en zonas de conflicto social a propósito de actividades mineras, la actividad del juez con miras a la resolución del caso puede ser contraria a los intereses de un determinado sector de la población, por lo que se hace necesario brindar las garantías que sean necesarias para que puedan resolver estas causas con imparcialidad y sin estar bajo presión.

2.4.4 Impedimento para presentar una demanda de protección judicial de derechos fundamentales durante estados de excepción

La inestabilidad presente en los países de América Latina dio lugar, de modo particular durante la década de los setenta y ochenta del siglo pasado, a que los Estados declarasen de modo constante estados de excepción, durante los cuales se perpetraron graves

violaciones a los derechos humanos, aparte de impedirse la posibilidad de acudir a los procesos de amparo y hábeas corpus para la tutela de los mismos. Ello explica que los problemas relacionados con la protección judicial de derechos fundamentales durante los estados de excepción hayan estado de manera constante en la agenda de las decisiones emitidas por el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado de forma clara que bajo ninguna circunstancia puede impedirse a una persona, durante los estados de excepción, acudir ante las autoridades judiciales de su país a efectos de solicitar la protección de sus derechos fundamentales. Se pueden citar al respecto la Opinión Consultiva OC-8/87, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, del 30 de enero de 1987, y la Opinión Consultiva OC-9/87, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, del 6 de octubre de 1987.

Estas decisiones han permitido que los Estados puedan adecuar su marco normativo nacional a los estándares internacionales. De modo particular, en el caso peruano, las mismas dieron lugar a que en el artículo 200° de la Constitución se establezca una norma en la cual se señala de forma expresa que durante los estados de excepción no cabe la posibilidad de impedir que una persona pueda acudir a los tribunales nacionales para solicitar la tutela de sus derechos a través del amparo o el hábeas corpus, culminando de esta forma uno de los debates jurídicos más intensos producidos en el país sobre la materia, originado en los problemas suscitados como consecuencia de la declaratoria de los estados de excepción debido a los actos de terrorismo presentes durante la década de los ochenta e inicios de la década de los noventa del siglo pasado.

Sobre este tema se debe señalar que en el Perú se han presentado situaciones de protesta social contra actividades mineras por considerarse que son contrarias al medio ambiente, en particular por afectar el acceso al agua, que han dado lugar a la declaratoria de estados de emergencia. Si bien nada impide actualmente que durante los estados de excepción se pueda presentar una demanda de tutela de derechos fundamentales, especial atención merece la protección que se debe dar a las autoridades jurisdiccionales responsables de resolver estos casos, para evitar que su decisión pueda estar influenciada, por presión, por algunas de las partes o intereses en conflicto.

2.4.5 Incumplimiento de resoluciones judiciales de protección de derechos fundamentales

Este acto lesivo se presenta cuando, a pesar de haberse presentado y resuelto un recurso judicial para proteger derechos fundamentales, las sentencias adoptadas en el marco del mismo no se cumplen.

Se pueden citar al respecto las sentencias sobre el fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Cesti Hurtado*, del 29 de setiembre de 1999, y *Cinco Pensionistas*, del 28 de febrero del 2003, en las que se estableció que el Estado peruano violó el artículo 25° de la Convención Americana al no garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas en un proceso de hábeas corpus y amparo, respectivamente. En el primer caso se ordenaba la puesta en libertad de una persona que fue juzgada por un tribunal militar, a pesar de que éste carecía de competencia para tal efecto. En el segundo caso, la sentencia judicial ordenaba el pago de las pensiones dejadas de percibir a favor de un grupo de ex trabajadores del Congreso de la República.

Estas decisiones del sistema interamericano deben dar lugar a que los Estados adopten medidas para garantizar el cumplimiento de las sentencias judiciales, de modo particular, estableciendo sanciones adecuadas para toda aquella persona, autoridad o funcionario renuente a cumplirlas.

En el caso de las sentencias orientadas a la protección del medio ambiente, éstas se dirigen principalmente a que las entidades estatales o particulares no sigan realizando una determinada actividad, por lo que el cumplimiento del fallo final implica la constatación sobre si tal conducta ha dejado de llevarse a cabo (por ejemplo, si la sentencia ordena la prohibición de importar autos usados con determinadas características, el cumplimiento de la sentencia implica verificar si tales vehículos no siguen siendo importados). Si la demanda fue presentada contra una omisión, deberá verificarse si la misma ha sido subsanada por el Estado (por ejemplo, si se ordena la entrega de información sobre temas ambientales relacionadas con un proyecto de inversión, el cumplimiento de la sentencia implica verificar si ha sido entregada al solicitante).

2.4.6 Violación de las garantías del debido proceso en el marco de los procesos judiciales destinados a la protección de derechos fundamentales

El derecho reconocido en el artículo 25° de la Convención Americana se ve afectado, asimismo, cuando en el marco de los procesos judiciales previstos para la tutela de derechos fundamentales no se respetan las garantías del debido proceso. Para la Corte, la relación entre los artículos 8° (debido proceso) y 25° (protección judicial) de la

Convención, implican la consagración del derecho de las víctimas a obtener protección judicial de conformidad con el debido proceso legal (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001: 49). En este sentido, en los procesos establecidos para la protección judicial de los derechos fundamentales también se deben respetar las garantías del debido proceso: “Para que se preserve el derecho a un recurso efectivo, en los términos del artículo 25° de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite conforme a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 8° de la Convención” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002: 55).

A modo de ejemplo se puede citar la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana en el caso *Tribunal Constitucional*, del 31 de enero del 2001. En este caso la Corte constató la falta de imparcialidad de los magistrados que resolvieron un proceso de amparo iniciado por personas afectadas en sus derechos, así como la demora en su resolución, lo que a su criterio implicó que dicho recurso estuviera destinado al fracaso, ya que a través del mismo no se podía remediar la situación lesiva de los derechos invocados, lo cual significaba una violación del artículo 25° de la Convención. En este sentido señaló:

Dadas las consecuencias del presente caso, la Corte estima que el fracaso de los recursos interpuestos contra la decisión del Congreso que destituyó a los magistrados del Tribunal Constitucional se debe a apreciaciones no estrictamente jurídicas. Está probado que quienes integraron el Tribunal Constitucional y conocieron el amparo de los magistrados destituidos, fueron las mismas personas que participaron o se vieron involucradas en el procedimiento de acusación constitucional en el Congreso. En razón de lo anterior, de conformidad con los criterios y exigencias esgrimidas por este Tribunal sobre la imparcialidad del juez, puede afirmarse que en la decisión de los amparos en el caso en análisis no se reunieron las exigencias de imparcialidad por parte del Tribunal que conoció los citados amparos. Por lo tanto, los recursos intentados por las supuestas víctimas no eran capaces de producir el resultado para el que habían sido

concebidos y estaban condenados al fracaso, como en la práctica sucedió. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001: 47-48)

En consecuencia, corresponde a las autoridades judiciales responsables de conocer las demandas de amparo y hábeas corpus, respetar durante el desarrollo de tales procesos las garantías del debido proceso. De modo particular, en el presente trabajo se hará referencia a uno de los problemas más frecuentes relacionados con el debido proceso, cuales la demora excesiva en la resolución de las controversias que tengan por finalidad tutelar el derecho al medio ambiente.

2.5 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en materia de protección judicial de derechos fundamentales

Luego de haber presentado los aspectos generales relacionados con el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales (fundamentos, reconocimiento internacional y constitucional, así como los actos lesivos a su ejercicio), corresponde hacer una referencia a los casos resueltos por el Tribunal Constitucional peruano en donde se ha hecho referencia a este derecho, no sólo para resolver la controversia puesta a su conocimiento, sino también para realizar novedosas interpretaciones sobre los alcances de algunas normas constitucionales. Del mismo modo, haremos mención a algunos casos relacionados con actos lesivos de este derecho fundamental, pero que no fueron resueltos tomando en consideración su contenido ni las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

2.5.1 Prohibición de revisión judicial de decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura

El artículo 154°, inciso 2°, de la Constitución señala que corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante, el Consejo) ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Por su parte, el artículo 142° establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo sobre esta materia.

Una lectura literal del texto constitucional podría llevar a la conclusión que el artículo 142° contiene una prohibición que no admite excepción alguna, por lo que si un magistrado considera lesionados sus derechos fundamentales en el marco de un proceso de ratificación, no tendría la posibilidad de solicitar una protección judicial frente a esta situación. Por el contrario, una lectura basada en el respeto a la protección judicial de los derechos fundamentales, llevaría a una respuesta diferente, cual es interpretar que la prohibición contenida en el artículo 142° no es absoluta, sino que admite excepciones.

A finales del año 2002, el Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez sobre los alcances del artículo 142° de la Constitución y se inclinó por la segunda posición, es decir, por considerar que dicho artículo debía ser interpretado de manera concordante y sistemática con los derechos reconocidos en la Constitución³⁰. Una parte importante de la decisión del Tribunal estuvo centrada en el argumento según el cual el citado artículo 142° no puede ser entendido como un impedimento para que el Tribunal revise las resoluciones del Consejo sobre ratificación de magistrados, pues de lo contrario se

³⁰ Sentencia 2409-2002-AA (caso Diodoro González Ríos), publicada el 10 de diciembre del 2002. En este caso el Tribunal consideró que el recurrente no había cumplido aún siete años como magistrado en el Poder Judicial por lo que no podía ser sometido a un proceso de ratificación. En consecuencia, declaró inaplicable al demandante la decisión del Consejo de no ratificarlo, así como ordenó a esta institución su reposición en el cargo y que vuelva a expedirle el título de magistrado.

crearía una zona de indefensión que vulneraría el derecho a interponer un recurso sencillo y rápido ante los tribunales por actos que afectan los derechos fundamentales. Para llegar a esta conclusión, el supremo intérprete de la Constitución hizo referencia a los artículos 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 25° de la Convención Americana y 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales.

Sin embargo, en decisiones posteriores sobre los alcances del artículo 142° de la Constitución, los argumentos del Tribunal basados en el desarrollo del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales en el derecho internacional han sido más contundentes, pues no se ha limitado a mencionar las normas internacionales en las que se encuentra reconocido este derecho, sino que también ha empleado de manera extensa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido ha señalado³¹:

[...] también constituye un atributo subjetivo de naturaleza constitucional el derecho de acceder a un tribunal de justicia competente que ampare a las personas contra todo tipo de actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley, según enuncia, entre otros instrumentos internacionales, el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Sobre el particular este Tribunal ha sostenido [...] que detrás de ese derecho y, en concreto, del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye parte del

³¹ Cfr. Sentencia 1941-2002-AA (caso Luis Felipe Almenara Bryson), publicada el 20 de marzo del 2003, fundamentos 2, 3 y 4, y Sentencia 2209-2002-AA (caso Mario Antonio Urrelo Álvarez), publicada el 15 de mayo del 2003, fundamentos 2, 3 y 4.

núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio.

Al respecto, tal como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-9/87. "(...) el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley". (Párrafo 23), así "los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Art. 25°), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1°), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción". (Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, Párrs. 90 y 92, respectivamente).

Como ha destacado la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte (...). En ese sentido, debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta que esté previsto por la Constitución o la ley o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla" (OC/9-87, párrafo 24) .

En consecuencia, a partir de estas decisiones se estableció como una línea jurisprudencial que sí es posible presentar una demanda de amparo contra una decisión del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de magistrados, lo que ha permitido que el Tribunal pueda pronunciarse sobre diferentes problemas suscitados durante los procesos de ratificación, como la falta de motivación de las resoluciones del Consejo o la ausencia de una audiencia previa a los magistrados

sometidos a dicho proceso. De esta forma, se ha dejado de lado cualquier posibilidad de interpretar el artículo 142° de la Constitución de una manera estrictamente literal, para dar lugar a una lectura del mismo a partir de los objetivos y fines del texto constitucional y de conformidad con el derecho internacional. No se trata de una interpretación contraria a la Constitución, sino compatible con ella, pues la prohibición del artículo 142° será perfectamente aplicable a cualquier otra situación en donde se pretenda cuestionar una decisión del Consejo sin la finalidad de proteger derechos fundamentales.

Esta tendencia jurisprudencial fue posteriormente acogida en el Código Procesal Constitucional (en vigencia desde el 2004), cuyo artículo 5°, inciso 7°, señala como regla general que no proceden los procesos constitucionales contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, pero condiciona la aplicación de esta causal de improcedencia a que “dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia del interesado”, es decir, que no haya existido una afectación de derechos fundamentales.

Hasta la finalización del presente trabajo de investigación, la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la procedencia de las demandas de amparo contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y su interpretación sobre los alcances del artículo 142° de la Constitución se ha mantenido. Los problemas sobre si las decisiones del Consejo deben encontrarse motivadas, y los cambios de los precedentes del Tribunal sobre este punto, son temas diferentes a la protección judicial de los derechos fundamentales, que se relaciona con el acceso a los órganos jurisdiccionales del Estado para solicitar la tutela de derechos.

2.5.2 Prohibición de revisión judicial de decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral

Los artículos 142° y 181° de la Constitución de 1993 establecen que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral no pueden ser revisadas en sede judicial. En este sentido, el artículo 142° de la Constitución de 1993 establece: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral [...]”. En similar dirección, el artículo 181° dispone:

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales del derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

Por mucho tiempo, estas normas fueron entendidas como prohibiciones absolutas que impedían toda posibilidad de presentar una demanda de amparo contra una decisión del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. Así por ejemplo, en su análisis sobre la Constitución de 1993, Rubio afirmaba que, “según lo que manda este artículo [142], en los casos que tratamos no procede siquiera las acciones constitucionales aplicables, contenidas en el artículo 200° de la Constitución” (1999: 168).

El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los alcances de estas normas a propósito de una demanda de amparo presentada por una persona que deseaba postular al cargo de alcalde de una municipalidad distrital, pero que no pudo hacerlo como consecuencia de una resolución adoptada por el Jurado Electoral Especial de Ica,

mediante la cual se declaró fundada la tacha presentada contra su candidatura y, por lo tanto, se le excluyó de la lista en que postulaba. En su decisión, el Tribunal declaró improcedente la demanda, pues al momento de dictar la resolución respectiva, el 6 de abril del 2004, la violación a los derechos del demandante se había convertido en irreparable, dado que el proceso electoral al cual deseaba postular se había realizado el 17 de octubre del 2002³², situación que dejó en evidencia los problemas que ocurren cuando a través del proceso de amparo no llega a brindarse una protección judicial rápida a los derechos fundamentales ante situaciones urgentes que así lo exigen.

Sin embargo, y a pesar de que la demanda no fue dirigida contra el Jurado Nacional de Elecciones –entendido como el colegiado integrado por cinco miembros conforme al artículo 179° de la Constitución–, sino contra el Jurado Electoral de Ica, el Tribunal se pronunció sobre los alcances de los artículos 142° y 181° de la Constitución. Asimismo, evaluó el fondo del asunto, pero sólo para establecer un criterio interpretativo para futuros casos en donde una situación similar se presente³³.

Sobre la posibilidad de cuestionar en sede judicial una decisión del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, el Tribunal reiteró su línea jurisprudencial empleada en el caso de la revisión judicial de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura a la que hicimos referencia en la sección anterior. En este sentido, se pronunció sobre los alcances de ambas normas constitucionales, a efectos de señalar que no podían ser entendidas como prohibiciones absolutas. Al respecto señaló³⁴:

³² Sentencia 2366-2003-AA (caso Juan Espino Espino), publicada el 7 de abril del 2004.

³³ Respecto a esto último señaló que “no puede privarse del derecho de participación a quien se encuentre sometido a un proceso penal, [pues] toda persona es considerada inocente mientras su responsabilidad no quede acreditada fehacientemente, lo que supone la existencia de una sentencia definitiva expedida como corolario de un proceso penal justo o debido” -fundamento 6.

³⁴ Sentencia 2366-2003-AA (caso Juan Espino Espino), publicada el 7 de abril del 2004, fundamento 4.

[...] no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales. En efecto, aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo.

Sin embargo, a diferencia de su jurisprudencia sobre las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, y a pesar de tratarse de un supuesto de hecho idéntico, el Tribunal no hizo ninguna referencia alguna al derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales previsto en el artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni a las decisiones de la Corte Interamericana sobre la materia. Tampoco hizo mención a pronunciamientos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la prohibición contenida en el artículo 181° de la Constitución³⁵.

A nuestra consideración, el Tribunal debió emplear entre sus fundamentos referencias expresas al derecho internacional de los derechos humanos para pronunciarse sobre este tema. A pesar de esta omisión, dejó en claro que el control judicial de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones sí se encuentra permitido, pero no en cualquier

³⁵ Informe N° 119/99, caso 11.428 (Susana Higuchi Miyagawa - Perú), del 6 de octubre de 1999.

circunstancia, sino sólo cuando se vean afectados, en palabras del propio Tribunal, los derechos fundamentales o los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional.

Esta posición asumida por el Tribunal fue también recogida en el Código Procesal Constitucional, que entró en vigencia en diciembre de 2004. En efecto, el texto original de su artículo 5°, inciso 8°, señalaba que no procedían los procesos constitucionales cuando “se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva”.

Sin embargo, en el año 2005 se produjo un intenso debate entre el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional respecto a este tema, que concluyó con la aprobación por parte del Congreso de la República de la Ley N° 28642, publicada el 8 de diciembre del 2005, mediante la cual se modificó el citado artículo del Código Procesal Constitucional, con el siguiente texto:

Artículo 5.- No proceden los procesos constitucionales cuando:

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

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.

La aprobación de esta norma dejó en claro que, en medio del debate entre el Jurado y el Tribunal sobre la interpretación del artículo 142° de la Constitución, el Congreso de la

República le dio finalmente la razón al máximo órgano electoral del país. Sobre la posibilidad de admitir el amparo en materia electoral se ha señalado:

[...] no cabe entender que el carácter de órgano constitucional atribuido al JNE automáticamente cierre la posibilidad de controlar sus actos, pues [...] la unidad de acción y decisión del Estado exige una adecuada interacción de los órganos entre sí, y eso –entendemos– supone, también, la necesidad de controlar la actuación del JNE a través de los órganos que resuelven los procesos constitucionales para evitar la presencia de decisiones contrarias al texto constitucional. (Abad 2008: 527)

En medio de la intensa polémica sobre este tema, y un mes antes de la promulgación de la mencionada ley, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia en la que reiteró su posición sobre la revisión judicial de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones que afecten derechos fundamentales. En esta decisión, conocida como el caso Lizana Puelles, el Tribunal afirmó³⁶:

[...] toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal interpretó el artículo 142° de la Constitución a partir de un conjunto de criterios de interpretación constitucional ampliamente desarrollados en la doctrina y la jurisprudencia comparada –de modo particular los criterios de unidad y concordancia práctica–, algo que no estuvo presente en su primera

³⁶ Sentencia 5854-2005-PA (caso Lizana Puelles), publicada el 10 de noviembre del 2005 en el diario oficial *El Peruano*, fundamento 35.

decisión sobre la revisión judicial a la que hicimos referencia anteriormente (caso Espino Espino).

Del mismo modo, a diferencia del caso antes mencionado, en el caso Lizana Puelles hubo una amplia referencia al derecho internacional de los derechos humanos. De modo particular, interesa mencionar la cita que hace el Tribunal de la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama contra Nicaragua*, del 23 de junio del 2005, mediante la cual se resolvió una controversia similar, relacionada con la prohibición de revisión de las resoluciones emitidas por los tribunales electorales. En este sentido señaló:

29. Debe recordarse, asimismo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, justamente, por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, en el Caso *Yatama vs. Nicaragua* (sentencia del 23 de junio de 2005) la Corte Interamericana expuso:

“Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados,

sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana (...).³⁷

30. Las similitudes con el caso peruano son manifiestas. El artículo 173° de la Constitución nicaragüense es sustancialmente análogo a los artículos 142° y 181° de la Constitución peruana. Y el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua tiene en el (Jurado Nacional de Elecciones) peruano a su homólogo.

Insistir en una interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, pretendiendo que las resoluciones del (Jurado Nacional de Elecciones) en materia electoral están exceptuadas de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, supondría incurrir en una manifiesta irresponsabilidad, ya que situaría al Estado peruano ante la cierta e inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención. No sólo es facultad, sino deber de este Tribunal y del Poder Judicial impedir ello, mediante una adecuada interpretación de los referidos preceptos, de conformidad con la Constitución y los tratados y las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Esta decisión demostró la importancia del derecho internacional para sustentar una posición a favor de la revisión de las resoluciones de las máximas instancias electorales, ausente en un primer momento en la jurisprudencia constitucional, en parte porque la sentencia de la Corte Interamericana a la que hace referencia el Tribunal recién fue expedida en junio del 2005. Pero lo más importante es que se realizó una referencia sustantiva a un pronunciamiento de la Corte Interamericana respecto a un acto lesivo específico del derecho a la protección judicial de derechos fundamentales, reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana.

³⁷ Caso Yatama vs. Nicaragua, Etapa de fondo, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174, 175 y 176.

Como era previsible, contra la Ley N° 28642 se inició un proceso de inconstitucionalidad, y –más previsible aún- el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y expulsó la norma del ordenamiento jurídico. En su sentencia, el Tribunal se ratificó en los argumentos que había expuesto hasta ese momento en su jurisprudencia³⁸.

En consecuencia, no existe actualmente un texto legal respecto a la causal de improcedencia prevista en el artículo 5°, inciso 8°, del Código Procesal Constitucional, encontrándose el denominado amparo electoral únicamente regulado por lo que señalan los artículos 142° y 181° de la Constitución, que a su vez deben ser interpretados conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. A pesar que el Tribunal Constitucional sugirió al legislador que regule una serie de reglas en materia del amparo electoral, éstas no se han concretado en una reforma al Código. También es importante señalar que, a pesar de toda la controversia generada en torno a este tema, no se ha presentado ningún caso particularmente importante –salvo la controversia en torno a la devolución a los aportes al FONAVI³⁹-, que justifique todo el debate y polémica entre dos órganos del Estado a propósito de los alcances de los citados artículos constitucionales y del amparo electoral.

2.5.3 Prohibición de presentar demandas de amparo contra normas sobre destitución de magistrados

Luego del Golpe de Estado del 5 de abril de 1992, una de las medidas adoptadas por el autodenominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional fue la destitución

³⁸ Sentencia 7-2007-PI, publicada el 22 de junio del 2007 en el diario oficial *El Peruano*.

³⁹ Sentencia 3283-2007-AA (caso Máximo Salcedo Meza), publicada el 15 de octubre del 2007.

de jueces y fiscales a través de decretos leyes. Se pueden citar, entre otros, el Decreto Ley N° 25423 (publicado el 9 de abril de 1992), el Decreto Ley N° 25442 (publicado el 23 de abril de 1992) y el Decreto Ley N° 25446 (publicado el 24 de abril de 1992). Asimismo, se expidieron normas que establecieron la improcedencia de los procesos de amparo dirigidos a “impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación” de estos decretos leyes. Así por ejemplo, mediante el Decreto Ley N° 25454 (publicado el 28 de abril de 1992) se estableció que no procedía dar inicio al proceso de amparo respecto a los alcances de todas las normas que hemos citado.

Luego del retorno a la institucionalidad democrática, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre demandas de amparo presentadas por magistrados que fueron afectados como consecuencia de estos decretos leyes, tanto por haber sido arbitrariamente destituidos de sus cargos, como por haber sido legalmente impedidos de solicitar la tutela judicial de sus derechos. A fin de inaplicar estas normas, el Tribunal empleó la facultad de control constitucional difuso prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución y ordenó la reposición de estas personas en los cargos de los que fueron destituidos.

A modo de ejemplo, se puede citar el caso del magistrado Isaac Gamero Valdivia, en el que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo presentada contra los decretos leyes 25423 y 25454, que dispusieron el cese del demandante en el cargo de Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República y la prohibición de cuestionar dicha destitución mediante una demanda de amparo, respectivamente. Sobre esto último, el Tribunal señaló que una persona no puede ser impedida de acceder a un recurso efectivo, sencillo y rápido para la protección de sus derechos, motivo por el cual

declaró inaplicable al caso concreto el Decreto Ley N° 25454. Lo que nos interesa aquí mencionar es el uso extenso que el Tribunal hizo del derecho internacional para pronunciarse sobre este tema, en específico del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales reconocido en el artículo 25° de la Convención Americana. Al respecto señaló⁴⁰:

[...] en ningún caso procede, conforme a lo expuesto en el artículo 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se impida el acceso, a cualquier ciudadano, a un recurso efectivo, sencillo y rápido para la protección de los derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado y la Convención antes referida.

En tal sentido, todos los Estados signatarios de la Convención, se han comprometido a garantizar, no solo el acceso a un juez natural, sino también, a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, así como a garantizar el cumplimiento de la decisión estimada procedente.

Aún cuando no sea aplicable directamente al caso de autos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N.° 8/87 del 30 de enero de 1998, sobre "El Hábeas corpus bajo la suspensión de garantías", ha señalado en su párrafo 24 lo siguiente:

"La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables (cf. La expresión 'leyes' en el artículo 30.° de la Convención Americana

⁴⁰ Sentencia 1109-2002-AA (caso Isaac Gamero Valdivia), publicada el 18 de noviembre del 2002, fundamentos 4-8.

sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 32)".

En tal sentido, *mutatis mutandi*, cabe señalar que en ningún supuesto cabe la posibilidad que un Estado limite o elimine la posibilidad que, sus ciudadanos puedan acceder a un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales, situación que incluso fue advertida por el Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad N.º 007-96-AI/TC (Fundamento Jurídico N.º 7.).

Consecuentemente, la obligación de los Estados, aún en condiciones de emergencia, radica en que no se suspendan las garantías judiciales –tales como el amparo o el hábeas corpus–, por ser indispensables para garantizar los derechos de los ciudadanos, correspondiendo al Poder Judicial de cada Estado proteger dicha legalidad, así como el Estado de Derecho.

Esta argumentación del Tribunal resulta particularmente interesante, pues la evaluación de la norma que impedía presentar un amparo contra la destitución del demandante se centró exclusivamente en el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien hay casos similares en donde se han reiterado estos argumentos⁴¹, existen otros en los que sólo hay una remisión indirecta a los mismos⁴².

2.5.4 Prohibición de presentar hábeas corpus contra resoluciones judiciales

El proceso de hábeas corpus es una institución cuyo objetivo consiste en proteger la libertad personal, independientemente de la denominación que reciba el hecho cuestionado (detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc.). De acuerdo a la Constitución de 1993 (artículo 200º inciso 1º) procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona, por cualquier acción u omisión que implique una amenaza o violación de la libertad personal.

⁴¹ Sentencia 1383-2001-AA (caso Luis Alfredo Rabines Quiñónez), publicada el 21 de noviembre de 2002, fundamentos 4-8.

⁴² Sentencia 605-2002-AA (caso Gloria Villagómez Olivera de Deza), publicada el 13 de marzo del 2003, fundamento 3.

La procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales siempre ha sido un tema polémico, por los problemas de nuestro sistema de administración de justicia y por la actuación de los órganos jurisdiccionales del Estado ante casos particularmente delicados, como los procesos contra personas acusadas de terrorismo, corrupción, tráfico ilícito de drogas u otros graves delitos.

Si una resolución judicial ordena en forma ilegal o arbitraria la privación de libertad de una persona, la protección de este derecho puede efectuarse a través de los mecanismos ordinarios de impugnación de resoluciones judiciales que se encuentran previstos en las normas que regulan los procesos penales. Sólo en situaciones excepcionales se acepta la posibilidad de acudir al proceso de hábeas corpus, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la legislación y la jurisprudencia constitucional.

La legislación anterior al Código Procesal Constitucional contenía varias disposiciones que prohibían acudir al hábeas corpus para cuestionar resoluciones judiciales. Estas eran:

- Artículo 6º, inciso 2º, de la Ley N° 23506: “No proceden las acciones de garantía: Contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular”.
- Artículo 10º de la Ley N° 25398: “Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular al que se refiere el inciso 2º del artículo 6º de la Ley [23506], deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen”.

- Artículo 16° de la Ley 25398: “No procede la acción de Hábeas Corpus: a) Cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halle sometido a juicio por los hechos que originan la acción de garantía, b) Cuando la detención que motiva el recurso ha sido ordenada por juez competente dentro de un proceso regular [...]”.

Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta legislación permite afirmar que la tendencia general de sus decisiones se orientó a declarar improcedentes las solicitudes de hábeas corpus dirigidas contra resoluciones judiciales, con fundamento en las normas legales que hemos mencionado. Sin embargo, también admitió la posibilidad, en situaciones excepcionales, de iniciar un proceso de hábeas corpus contra resoluciones judiciales, pues de lo contrario se afectaría el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, posición sustentada en normas y decisiones internacionales. A modo de ejemplo se puede citar el siguiente fundamento esgrimido en un caso concreto⁴³:

8. [La procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales también se deduce si el parámetro para evaluar esta situación] se analiza de acuerdo y conforme con los tratados sobre derechos humanos, especialmente, respecto al artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[...] en materia de derechos fundamentales, las normas que los reconocen, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos. Aquel criterio de interpretación de los derechos no solo es una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional.

Pues bien, según el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso

⁴³ Sentencia 1230-2002-HC (caso César Tineo Cabrera), publicada el 29 de agosto del 2002.

efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha equiparado el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo con los procesos de amparo y hábeas corpus (Opinión Consultiva OC/8/87, párrafo. 32). De esta forma, de consuno, tanto el ordenamiento constitucional como el ordenamiento supranacional regional reconocen el derecho constitucional a la protección judicial de los derechos fundamentales. Protección judicial a la que se debe promover su acceso, aun si los actos que ocasionan agravio de los derechos constitucionales son expedidos "por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales", dentro de las cuales, naturalmente, se encuentran comprendidos los jueces; pero también cualquier autoridad o funcionario que ejerza funciones estatales.

En la actualidad, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 4° la posibilidad de presentar una demanda de hábeas corpus contra resoluciones judiciales, con una redacción más clara y directa que la legislación anterior. En este sentido, el segundo párrafo del citado artículo 4° establece: "El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva".

2.5.5 Prohibición de presentar hábeas corpus a favor de personas procesadas por terrorismo

El texto original del artículo 6° del Decreto Ley N° 25659, publicado el 13 de agosto de 1992, señalaba: "En ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal proceden las Acciones de Garantía de los detenidos, implicados o procesados por el delito de terrorismo, comprendidos en el Decreto Ley N° 25475, ni contra lo dispuesto en el presente Decreto Ley". Esta norma fue modificada por el artículo 2° de

la Ley N° 26248, publicada el 25 de noviembre de 1993, que permitió la presentación de demandas de hábeas corpus a favor de las personas procesadas por el delito de terrorismo, aunque con un trámite especial, distinto al que se seguía para todas las demás demandas, lo cual no encontraba justificación alguna (Abad 2004: 88-89).

Cuando el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los decretos leyes en materia de legislación antiterrorista (que incluía la impugnación del Decreto Ley N° 25659), se encontraba vigente la Ley N° 26248, por lo que en este rubro declaró la sustracción de la materia, sin evaluar si era constitucional establecer dos trámites distintos en materia de hábeas corpus. Sin embargo, aprovechó la oportunidad para pronunciarse sobre los alcances del artículo 6°, inciso 4°, del Decreto Ley N° 25659, que señalaba: “No son admisibles las acciones de hábeas corpus sustentadas en los mismos hechos o causales, materia de un procedimiento en trámite o ya resuelto”. Lo importante del caso, a propósito del tema que estamos tratando, es que el Tribunal optó por pronunciarse sobre esta norma a fin de “analizar su constitucionalidad a la luz del derecho de acceso a la justicia y, específicamente, del derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales frente a actos que violan los derechos fundamentales, reconocido en el artículo 25.°, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁴⁴.

Al respecto, consideró que esta norma no limitaba el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales si se interpretaba que su objetivo era evitar "que el detenido, implicado o procesado, a través del hábeas corpus, busque que el juez constitucional, basándose en el análisis de los hechos por los que es procesado, emita

⁴⁴ Sentencia 010-2002-AI, publicada el 4 de enero del 2003, fundamento 91.

juicio en torno a su inocencia o culpabilidad en la causa que se le sigue". En base a este fundamento concluyó que “el artículo 6º, inciso 4) del Decreto Ley N.º 25659 (modificado mediante la ley 26248) es compatible con el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo del artículo 25.º, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]”⁴⁵.

En la actualidad, el Código Procesal Constitucional permite la presentación de hábeas corpus contra resoluciones judiciales (artículo 4º, segundo párrafo), sin establecer un procedimiento diferente para el caso de las personas acusadas de un delito específico.

2.5.6 Prohibición de presentar demandas de amparo contra laudos arbitrales

El arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos que cuenta con reconocimiento constitucional. En este sentido, la Constitución de 1993, al igual la de 1979, reconoce la denominada “jurisdicción arbitral” y señala al respecto en el artículo 139º, inciso 1º, que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral”.

Desde la vigencia de la Constitución de 1979 surgieron dudas sobre “la procedencia del amparo contra laudos arbitrales, es decir, contra la decisión que emiten los árbitros ante una controversia determinada e, incluso, respecto a las decisiones previas a la culminación de un arbitraje” (Abad 2008: 403). Esa interrogante también estuvo presente desde que entró en vigencia la Constitución de 1993, lo que dio lugar a que en el año de 1999 se expidiera la Ley N° 27053⁴⁶, que modificó el inciso b) del artículo 6º

⁴⁵ Sentencia 010-2002-AI, publicada el 4 de enero del 2003, fundamento 93.

⁴⁶ Publicada el 19 de enero de 1999 en el diario oficial *El Peruano*.

de la Ley N° 23506, a fin de establecer una causal de improcedencia específica relacionada con los amparos contra resoluciones arbitrales. En este sentido, la mencionada norma estableció que no procedían los procesos constitucionales: “2) Contra resolución judicial o arbitral emanada de un procedimiento regular”.

A pesar de esta modificación legal, el Tribunal Constitucional no consideró que con ella se estableciera una prohibición absoluta para conocer demandas de amparo contra resoluciones arbitrales. En este sentido, aplicó criterios similares a los empleados respecto al amparo contra resoluciones judiciales, a fin de permitir el inicio de procesos constitucionales contra laudos arbitrales solo cuando se afectaran derechos de índole procesal. Sobre la viabilidad del amparo para estos casos señaló⁴⁷:

3. [...] es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la ratio decidendi de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento.

Respecto a los supuestos en los que procede interponer un amparo contra un laudo arbitral, el Tribunal señaló⁴⁸:

⁴⁷ Sentencia 189-1999-AA (caso Pesquera Rodga S.A.), publicada el 16 de febrero del 2000.

⁴⁸ Sentencia 189-1999-AA (caso Pesquera Rodga S.A.).

5. [...] la posibilidad de que mediante una resolución de la jurisdicción (incluida la arbitral) se lesione un derecho constitucional distinto a los estrictamente procesales (verbigracia, derecho de propiedad, contratación, asociación, etc.) y que frente a tal contingencia procedan las garantías, no es una tesis admitida por el derecho procesal constitucional peruano o por su doctrina, pues ello supondría que la garantía (llámese hábeas corpus o amparo) estaría destinada a revisar directamente el fondo de los procesos respectivos, como si el proceso constitucional fuese en realidad una suprainstancia jurisdiccional. Por ello, a menos de que lo que se vulnere por una autoridad jurisdiccional sea un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional.

A pesar de que existía una norma expresa sobre la materia (la modificación de la Ley N° 23506) así como jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Código Procesal Constitucional del 2004 no estableció disposición alguna relacionada con la procedencia de las demandas de amparo contra laudos arbitrales, lo que no impidió que el Tribunal se pronunciara nuevamente sobre la materia, a fin de reiterar la procedencia del amparo contra laudos arbitrales y precisar que tal situación debía ser admitida sólo en tres supuestos, uno de ellos referido a la afectación de derechos de índole procesal. En este sentido señaló⁴⁹:

[...] aunque resulta perfectamente legítimo acudir al proceso constitucional a efectos de cuestionar el carácter lesivo de los actos expedidos por la jurisdicción arbitral [...] ello sólo es posible cuando allí se obre de modo arbitrario, y por demás inconstitucional. [...]

En el contexto descrito y en la lógica de concretizar de un modo más aproximativo los supuestos en que se habilitaría el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, este Tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza

⁴⁹ Sentencia 4972-2006-PA (caso La Libertad Corporación Meier S.A.C. y Personar S.A.C.), publicada el 18 de octubre del 2007.

cualquiera de los componente formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, ésta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.).

En segundo lugar, el Tribunal determinó que, antes de interponer la respectiva demanda de amparo contra un laudo arbitral, se debían haber agotado los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico nacional para impugnarlo, es decir, acudir a las instancias jurisdiccionales ordinarias con la finalidad de tutelar los derechos afectados. Al respecto señaló⁵⁰:

- Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulten lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes. En estos casos, quien se considere afectado en su derecho podía dar inicio a un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, la persona afectada en sus derechos haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje establece para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo (la ley a que se refería era la anterior normativa sobre el arbitraje: Ley N° 26572).

⁵⁰ Sentencia 1567-2006-PA (caso Compañía de Exploraciones Algamarca), publicada el 9 de marzo del 2006, fundamentos 15 al 19.

- La base legal de esta exigencia se encontraba en disposiciones específicas del Código Procesal Constitucional, como el artículo 5°, inciso 4°, y el artículo 45°, que establecen la necesidad de agotar las vías previas que pudiesen existir para cuestionar un acto lesivo de los derechos fundamentales, antes de interponer la demanda respectiva de amparo.
- El fundamento de la exigibilidad de agotar la vía previa, como requisito de procedencia del proceso de amparo, estaba constituida por la independencia jurisdiccional del arbitraje y la efectiva posibilidad de que, ante la existencia de un acto infractor, éste sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagrados en el artículo 139° de la Constitución y desarrollados por la Ley General de Arbitraje.

En consecuencia, a partir de esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional se estableció que el amparo contra los laudos arbitrales sólo procedía en determinados supuestos y siempre que se hubiere agotado la respectiva vía previa judicial.

Sobre este tema debe recordarse que, de acuerdo con el propio Tribunal, una demanda de amparo procede contra resoluciones judiciales, no sólo cuando se afecta la tutela procesal efectiva o el debido proceso, sino en cualquier supuesto en que se afecten derechos fundamentales. En este sentido, al equiparar el proceso de amparo contra resoluciones judiciales con el de amparo contra laudos arbitrales, se estaba indirectamente asumiendo que en este último caso la demanda respectiva también podía proceder cuando se afectara cualquier derecho fundamental. Sin embargo, algunos autores discrepan de esta posibilidad por cuanto “el amparo contra decisiones

jurisdiccionales en general sólo debería circunscribirse a la tutela procesal efectiva, criterio que a nuestro juicio debería extenderse a la materia arbitral para no ingresar a evaluar el fondo de sus decisiones” (Abad 2008: 408).

Una de las críticas más fuertes contra la tendencia jurisprudencial del Tribunal por aceptar el amparo en materia arbitral, fue que la institución del arbitraje perdía una de las características que la diferencia de la resolución de conflictos a través de la vía jurisdiccional, cual es la seguridad de una decisión oportuna, que no se demore en ser expedida. Al abrirse la puerta del amparo, quedaba la duda sobre el carácter definitivo de las decisiones emitidas en procesos arbitrales. De alguna forma, estos temores fueron confirmados por cuanto en diversos casos el Tribunal Constitucional, aplicando los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, se pronunció sobre el fondo de lo decidido en un laudo arbitral, generando una fuerte sensación de inseguridad jurídica. Quizá las únicas personas a favor de esta línea jurisprudencial eran quienes veían al amparo como un mecanismo para revertir una decisión arbitral que les había sido desfavorable.

En el 2011, y mediante un precedente vinculante, el Tribunal modificó su posición en torno a la procedencia del amparo contra laudos arbitrales. En efecto, mediante la sentencia 142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), publicada el 26 de setiembre del 2011, estableció precedentes vinculantes relacionados con dos temas: a) la improcedencia de demandas de amparo contra laudos arbitrales, y b) la aplicación del control difuso de constitucionalidad de las normas jurídicas por parte de los tribunales arbitrales.

En esta sentencia hay un par de fundamentos que resultan interesantes para comprender las razones que llevaron al Tribunal a emitir un precedente sobre esta materia, por medio del cual dejó de lado su línea jurisprudencial a favor del amparo contra laudos arbitrales. Así, en el fundamento número 2 se señala que:

[...] a la fecha, existe una buena cantidad de procesos en trámite en los que se viene cuestionando el proceder de la jurisdicción arbitral de cara a lo establecido en la Constitución. Consciente de la importancia del arbitraje dentro del orden constitucional, este Tribunal considera conveniente proceder a una reformulación y/o consolidación de los criterios establecidos en su jurisprudencia, con el objeto de dar una visión actualizada de lo que hoy en día representa para este Supremo Intérprete de la Constitución la institución del arbitraje y la fórmula de control constitucional aplicable a éste.

De otro lado, en el fundamento número 14 de la sentencia, el Tribunal señaló que su línea jurisprudencial sobre la procedencia del amparo contra laudos arbitrales debía variar porque requería adaptarse a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, en particular, a la causal de improcedencia establecida en el artículo 5°, inciso 2°, que dispone la improcedencia de las demandas de amparo cuando exista otra vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos fundamentales. Para el Tribunal, la actual Ley General de Arbitraje (expedida mediante el Decreto Legislativo 1071, publicado el 28 de junio del 2008), contempla vías procesales específicas para la protección de los derechos fundamentales que podrían verse afectados por un laudo arbitral. Al respecto se debe señalar que la Duodécima Disposición Final del mencionado decreto dispone lo siguiente: “DUODÉCIMA. Acciones de garantía [sic]. Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es

una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo“.

Aunque el Tribunal no hace referencia a este artículo, ratifica en su sentencia que el mencionado recurso de anulación en una vía procedimental específica igualmente satisfactoria, en concordancia con lo establecido en el citado artículo del Código. En este sentido, en el fundamento 18 de la sentencia señaló:

Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible a posteriori acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5° del CPConst⁵¹.

Sin embargo, en ningún fundamento el Tribunal llegó a analizar los elementos que permiten identificar a una vía judicial ordinaria como igualmente satisfactoria que el amparo. Tampoco analizó si tales elementos están presentes en el desarrollo de los recursos previstos en la Ley General de Arbitraje y regulados mediante el Decreto Legislativo N° 1071.

En este sentido, la carga procesal y lo dispuesto en la vigente Ley General de Arbitraje fueron las premisas empleadas por el Tribunal para establecer como precedente

⁵¹ Nota del autor: El artículo 5°, inciso 3°, del Código Procesal Constitucional señala que no proceden los procesos constitucionales cuando: “El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional”.

vinculante nuevas reglas respecto al amparo contra laudos arbitrales. En esencia, dispuso que las demandas respectivas deben ser declaradas improcedentes en aplicación del artículo 5° inciso 2° del Código Procesal Constitucional y que esta nueva regla era de aplicación, a partir del día siguiente de su publicación en “El Peruano”, para los procesos en trámite. Sin embargo, el propio Tribunal estableció tres excepciones: i) cuando un laudo arbitral desconoce los precedentes vinculantes del Tribunal, ii) cuando el amparo es interpuesto por un tercero afectado en sus derechos y que no forma parte del convenio arbitral, y iii) cuando en el laudo arbitral se ha ejercido el control difuso de una norma declarada constitucional por el Tribunal o el Poder Judicial. Esto último, sin duda, resultó toda una novedad, por lo cual corresponde referirnos brevemente al tema.

Como es sabido, el control difuso de constitucionalidad de las normas jurídicas es un mecanismo de control constitucional por medio del cual se faculta a las autoridades jurisdiccionales del Estado a inaplicar una norma en un proceso judicial por considerar que resulta contraria a la Constitución. La inaplicación de una norma por inconstitucional es una medida excepcional, razón suficiente para que esta facultad sólo sea aplicada por determinadas autoridades. En una posición que no compartimos, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado a través de su jurisprudencia que el control difuso de constitucionalidad de las normas también puede ser efectuada por los tribunales administrativos⁵². En la sentencia que estamos comentando, extiende esa facultad a los tribunales arbitrales.

El argumento central empleado para ello es reconocer que el arbitraje constituye una manifestación de la función jurisdiccional del Estado y, como consecuencia de tal

⁵² Sentencia 3741-2004-PA (caso Ramón Salazar Yarlenque), publicada el 24 de octubre del 2006 en el diario oficial El Peruano.

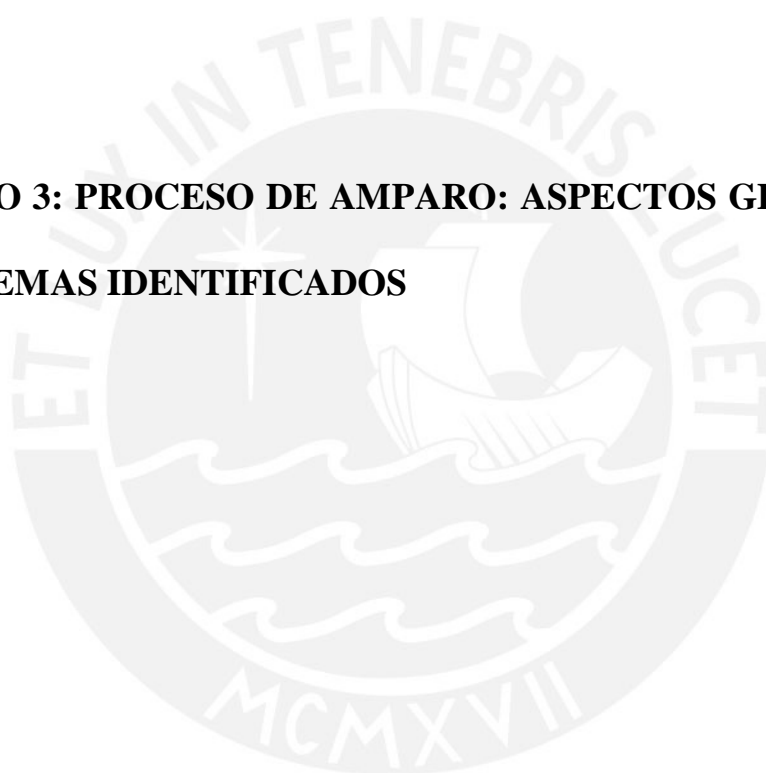
reconocimiento, comparte la potestad de los órganos jurisdiccionales de hacer uso del control difuso. Luego de esta afirmación, el Tribunal estableció algunas reglas para la aplicación de este mecanismo de control constitucional por parte de los tribunales arbitrales, que en realidad no es otra cosa que reiterar los mismos criterios previstos a nivel normativo y en su jurisprudencia respecto al tema. En este sentido, dispuso como precedente vinculante lo siguiente:

26. El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

De esta forma, como regla general no procede el amparo contra laudos arbitrales, salvo tres excepciones, y los tribunales arbitrales han quedado habilitados para llevar a cabo el control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas.

En cuanto al derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, en ninguna de las sentencias a las que se ha hecho referencia el Tribunal hizo un análisis sobre la procedencia del amparo contra laudos arbitrales, tomando como punto de partida el citado derecho, y mucho menos el artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El fundamento central para reconocer el amparo arbitral ha sido principalmente que, si se admite el amparo contra resoluciones judiciales, también tendría que admitirse contra resoluciones arbitrales.

CAPÍTULO 3: PROCESO DE AMPARO: ASPECTOS GENERALES Y PROBLEMAS IDENTIFICADOS



En el presente capítulo se analizan los aspectos centrales del proceso de amparo en el Perú, a fin de evaluar si se cumplen las características esenciales que permitan identificarlo como un mecanismo de protección judicial idóneo y efectivo para la tutela de los derechos fundamentales. Para tal efecto, se realizará en primer lugar una revisión del marco normativo y jurisprudencial que regula este proceso. En segundo lugar, se analizarán los presupuestos procesales que deben ser observados para un adecuado desarrollo del mismo y otros aspectos procesales de importancia relacionados con el objetivo de nuestra investigación. En su conjunto, este análisis debe permitirnos delimitar los aspectos centrales a ser tomados en consideración para evaluar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección judicial del derecho al medio ambiente.

3.1 Fuentes para el estudio del proceso de amparo

El fundamento del proceso de amparo se encuentra en el derecho a la protección judicial de derechos fundamentales; en consecuencia, su marco normativo y su desarrollo jurisprudencial debe ser analizado desde la perspectiva de respetar y garantizar este derecho.

A continuación analizaremos las fuentes que regulan el proceso de amparo, a fin de evaluar los aspectos negativos y positivos de su desarrollo a nivel constitucional, legal y jurisprudencial, lo cual debe permitirnos evaluar el grado de relevancia de estos hallazgos respecto a la tutela procesal del derecho al medio ambiente. El análisis empezará con las normas constitucionales, para luego abordar el tema de la legislación y la jurisprudencia constitucional.

3.1.1 Normas constitucionales

La Constitución establece las bases fundamentales del Estado y por esta razón es la norma más importante del ordenamiento jurídico. Sus disposiciones deben caracterizarse por ser mandatos breves y precisos sobre las instituciones jurídicas que regulan, evitando en todo momento abordar materias que corresponden más bien ser objeto de desarrollo legal o jurisprudencial. Lamentablemente, el temor al legislador y a los órganos jurisdiccionales explica que algunos temas de índole más bien infraconstitucional sean desarrollados en los textos constitucionales.

En el caso de los procesos constitucionales, las normas constitucionales deberían únicamente señalar cuáles son y su objetivo, dejando a las leyes el desarrollo y precisión de los aspectos de carácter estrictamente procesal, que a su vez deben ser interpretadas por los órganos jurisdiccionales antes de proceder a su aplicación en un caso concreto. Si bien es posible encontrar textos constitucionales de otros países que establecen aspectos de índole procesal, consideramos que ello puede incidir de forma negativa en el desarrollo de los procesos constitucionales, pues ante la necesidad de efectuar cambios que favorezcan su trámite no es sencillo llevar cabo una reforma constitucional. Un claro ejemplo de una excesiva regulación a nivel constitucional respecto a los procesos de tutela de derechos se encuentra en el caso de Bolivia cuyo texto constitucional del 2009 regula prácticamente todo el desarrollo del proceso de hábeas corpus (artículo 126º)⁵³, establece el plazo para interponer una demanda de

⁵³ Este artículo, en su inciso I, señala: “La autoridad judicial señalará de inmediato día y hora de la audiencia pública, la cual tendrá lugar dentro de las veinticuatro horas de interpuesta la acción, y dispondrá que la persona accionante sea conducida a su presencia o acudirá al lugar de la detención. Con dicha orden se practicará la citación, personal o por cédula, a la autoridad o a la persona denunciada,

amparo (artículo 129° inciso II)⁵⁴, precisa los alcances de la decisión del juez que ordena la protección de datos personales (artículo 131°)⁵⁵, entre otros aspectos.

A partir de estas premisas, analizaremos el contenido de las constituciones de 1979 y 1993 sobre el proceso de amparo.

3.1.1.1 Constitución de 1979

El proceso de amparo como proceso constitucional se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico con la Constitución de 1979⁵⁶, cuyo artículo 295°, luego de precisar que el hábeas corpus protegía la libertad individual, establecía lo siguiente:

La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.

La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de habeas corpus en lo que es aplicable.

En consecuencia, el texto constitucional de 1979 precisaba los derechos protegidos por el amparo (los derechos reconocidos en la Constitución que no eran protegidos por el hábeas corpus), las características esenciales del acto lesivo (amenaza o vulneración de

orden que será obedecida sin observación ni excusa, tanto por la autoridad o la persona denunciada como por los encargados de las cárceles o lugares de detención, sin que éstos, una vez citados, puedan desobedecer”.

⁵⁴ Este artículo señala: “La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial”.

⁵⁵ Este artículo, en sus incisos II y III, señala: “II. Si el tribunal o juez competente declara procedente la acción, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos cuyo registro fue impugnado. III. La decisión se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo, sin que por ello se suspenda su ejecución”.

⁵⁶ Como señala Abad (2004: 74), algunos antecedentes del proceso de amparo pueden encontrarse en el hábeas corpus de la Constitución de 1933, en el denominado “hábeas corpus civil” previsto por el Decreto Ley 17803, y en el “recurso de amparo agrario”, regulado mediante el Decreto Ley 20554, del 12 de marzo de 1973.

esos derechos), los sujetos contra quienes cabía interponer la demanda respectiva (cualquier autoridad, funcionario o persona) y una referencia al empleo de las reglas procesales del hábeas corpus en lo que fuera aplicable. A nuestra consideración, la Constitución de 1979 definió adecuadamente los aspectos centrales del proceso de amparo, dejando al legislador la responsabilidad de precisar los demás aspectos de índole procesal.

De otro lado, el texto constitucional estableció la competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales respecto al proceso de amparo, descartándose así que este tema fuera abordado por la legislación. En este sentido, dispuso en el artículo 298°, inciso 2°, que este órgano era competente para “conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial”. Como consecuencia de esta opción del constituyente, el Tribunal no fue reconocido como un órgano jurisdiccional con competencia para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de las demandas de amparo, sino como una instancia de casación, que limitó la posibilidad que emitiera una sólida jurisprudencia vinculante sobre la protección de derechos fundamentales.

Asimismo, la opción del constituyente fue solo permitir que las resoluciones denegatorias llegaran a conocimiento del Tribunal, quizá por entender que se fortalecía la protección de los derechos fundamentales otorgando a los demandantes una instancia adicional para alcanzar su tutela procesal. Desde otro enfoque, se podía también interpretar que la Constitución establecía un trato desigual entre la parte demandante y la parte demandada, pues esta última no podía elevar el caso al Tribunal si la sentencia de segundo grado era favorable al demandante. De otro lado, la Constitución de 1979 no

precisó cuál era la forma en que el Tribunal ejercía su competencia respecto a estos casos. Para tal efecto, la legislación estableció la necesidad de presentar un recurso, denominado *recurso extraordinario*.

Durante la vigencia de la Constitución de 1979, los artículos 295° y 298° no fueron modificados. Con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, este texto constitucional dejó de tener vigencia y el Tribunal de Garantías Constitucionales dejó de funcionar⁵⁷; sin embargo, paradójicamente, luego de aquella fecha se modificó la competencia del Tribunal para conocer demandas de amparo. En este sentido, mediante el Decreto Ley 25721, publicado el 15 de setiembre de 1992, se dispuso: “Agotada la vía judicial y ante recurso extraordinario interpuesto por la parte o el Ministerio Público, el Tribunal conocerá en casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus y de amparo o de las resoluciones de las acciones de amparo en que el Estado es demandado”. De esta forma, los casos resueltos en el Poder Judicial y que contenían una respuesta estimatoria para los demandantes en un proceso contra el Estado, fueron elevados a un Tribunal que había dejado de funcionar. El objetivo no era otro que paralizar el cumplimiento de las sentencias judiciales que ordenaban al Estado un mandato concreto de dar, hacer o dejar de hacer. Se trataba de una medida manifiestamente contraria a la Constitución, pero como a partir del 5 de abril el Estado de Derecho en el Perú se vio resquebrajado, no existían controles jurisdiccionales efectivos para hacer frente a esta situación.

⁵⁷ Mediante el Decreto Ley N° 25422, publicado el 9 de abril de 1992, se cesó a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, conforme a lo dispuesto por el Decreto Ley N° 25418, ley de bases del autodenominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional.

En cuanto al derecho al medio ambiente, reconocido en su artículo 123°, la Constitución de 1979 no contempló alguna regla especial respecto a su protección a través del proceso de amparo.

3.1.1.2 Constitución de 1993

3.1.1.2.1 Derechos protegidos y causales de improcedencia

La Constitución de 1993, vigente hasta la fecha, reconoce al proceso de amparo como un proceso constitucional y señala que su objetivo es la defensa de los derechos reconocidos por la Constitución que no sean protegidos a través de los otros procesos constitucionales, como el hábeas corpus y el hábeas data. En este sentido, el artículo 200°, inciso 2°, del texto constitucional dispone que es un proceso constitucional:

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 [sobre el proceso de hábeas data]. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular⁵⁸.

Al igual que la Constitución de 1979, la de 1993 precisa los derechos protegidos por el amparo (los derechos reconocidos en la Constitución no protegidos por el hábeas corpus o el hábeas data), las características esenciales del acto lesivo (amenaza o vulneración de esos derechos) y los sujetos contra quienes cabe interponer la demanda respectiva

⁵⁸ Este texto corresponde a la reforma constitucional efectuada mediante la Ley N° 26470, publicada el 12 de junio de 1995, que modificó los artículos referidos al proceso de amparo y de hábeas data. El texto original del artículo 200° inciso 2° de la Constitución de 1993 señalaba: “Son procesos constitucionales: [...] 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. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”.

(cualquier autoridad, funcionario o persona), sin hacer referencia a la aplicación de las reglas procesales del hábeas corpus en lo que le fuera aplicable, seguramente porque en 1993 ya existía un marco legal claro sobre ambos procesos. Por estas razones, nuestra apreciación es similar a la de la Constitución de 1979, en el sentido que se definen adecuadamente los aspectos centrales del proceso de amparo.

La novedad de la regulación constitucional del proceso de amparo fue dejar fuera del ámbito su ámbito de protección algunos derechos fundamentales y establecer dos causales de improcedencia.

En cuanto a los derechos protegidos, con la incorporación en el ordenamiento jurídico del proceso constitucional de hábeas data, se dejó al margen del amparo la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5° y 6° del artículo 2° de la Constitución, que reconocen el derecho de acceso a la información pública, la reserva tributaria, el secreto bancario y la protección de datos personales. En el texto original de la Constitución de 1993 también se señaló que el hábeas data procedía para la protección de los derechos reconocidos en artículo 2°, inciso 7°, cuales son el honor, la buena reputación, la intimidad personal y familiar, la voz e imagen propias, y el derecho de rectificación. Mediante la reforma constitucional llevada a cabo por la Ley N° 26470, los derechos reconocidos en el citado inciso 7° volvieron a ser protegidos a través del proceso de amparo.

Respecto al proceso de hábeas data algunos autores consideran que su incorporación en el texto constitucional de 1993 no era necesaria, pues para la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5° y 6° de la Constitución de 1993 bastaba establecer algunas

reglas especiales respecto al proceso de amparo (Abad 2004: 148). En todo caso, esta observación al proceso de hábeas data no se ha manifestado hasta el momento en alguna reforma constitucional orientada a su eliminación.

Como adelantamos, otra novedad de la Constitución de 1993 fue establecer a nivel constitucional dos causales de improcedencia sobre el proceso de amparo, materia que correspondía más bien ser desarrollada a través de la legislación. La primera establece que no proceden las demandas de amparo contra normas legales, medida establecida a fin de evitar la impugnación a través del amparo de normas lesivas de derechos fundamentales, en particular las disposiciones de índole económica dictadas en los primeros años del gobierno del ex presidente Fujimori y todas aquellas dictadas a partir del golpe de Estado del 5 de abril de 1992. La segunda elevó a nivel constitucional la prohibición de presentar demandas de amparo contra resoluciones judiciales, prevista desde 1982 en la legislación procesal respectiva y sustentada en la necesidad de disminuir la importante cantidad de demandas de amparo que por aquellos años se interponían contra resoluciones judiciales. Con posterioridad al retorno de la institucionalidad democrática en el país, iniciado a finales del año 2000, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial orientada a compatibilizar estas causales de improcedencia con el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales.

En cuanto al derecho al medio ambiente, reconocido en el artículo 2°, inciso 22°, la Constitución de 1993 no contempla alguna regla especial respecto a su protección a través del proceso de amparo.

3.1.1.2.2 Competencia del Tribunal Constitucional

La Constitución de 1993 modificó la competencia del Tribunal Constitucional para conocer demandas de amparo, al dejar de lado la opción de la Constitución anterior de reconocerlo sólo como una instancia de casación y optar por otorgarle competencia como una tercera instancia para resolver sobre el fondo de las demandas. Sin embargo, al reiterar que sólo podía conocer las resoluciones denegatorias emitidas por el Poder Judicial, dejaba de lado la posibilidad de pronunciarse sobre otros casos, como por ejemplo, aquellos en que se declarase fundada la demanda pero contraviniendo su jurisprudencia. Además, se volvía a plantear la duda sobre si se estaba realizando un trato diferente entre la parte demandante y la parte demandada en un proceso, cuya única justificación es otorgarle a la primera una instancia adicional para obtener la tutela de sus derechos fundamentales.

3.1.1.2.2.1 Problemas identificados

La existencia de un Tribunal Constitucional se justifica en la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional especializado en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales. En atención a las competencias que le han sido asignadas, sus sentencias tienen impacto en diversos ámbitos de la sociedad, no sólo el jurídico, sino también el político o económico, entre otros. Para que no quede duda sobre la necesidad de cumplir sus decisiones y seguir sus lineamientos jurisprudenciales, se le considera como el supremo intérprete de la Constitución y se le otorgan especiales competencias respecto a los procesos constitucionales. Con todo esto se busca reforzar la fuerza

vinculante y obligatoria de sus decisiones por parte de los demás órganos jurisdiccionales del Estado y de todas las entidades públicas en general.

Lamentablemente, en el Perú se presentan casos diversos en donde no se sigue la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, conducta que incluso proviene de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. Ello ocurre por desconocimiento o falta de comprensión sobre lo que el Tribunal ha dicho, o porque existe una clara intención de no seguir su jurisprudencia. En este escenario, surge la interrogante sobre qué hacer ante una demanda de tutela de derechos fundamentales declarada fundada por el Poder Judicial, pero cuyos argumentos contravienen la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

La respuesta lógica sería que el propio Tribunal Constitucional tenga la posibilidad de revisar tales decisiones del Poder Judicial. Sin embargo, a partir de una interpretación literal del artículo 202° inciso 2° de la Constitución de 1993, el Tribunal sólo tendría competencia para conocer aquellos casos en que la demanda respectiva ha sido declarada improcedente o infundada en el Poder Judicial, mas no así cuando la sentencia ha sido favorable al demandante. Como resultado de esta interpretación, se produce la siguiente situación: que no existe un mecanismo rápido y efectivo para que el Tribunal Constitucional revise aquellos casos en que el Poder Judicial declara fundada una demanda pero a través de una sentencia que contraviene la jurisprudencia que ha emitido en calidad de supremo intérprete de la Constitución.

El debate sobre la competencia del Tribunal Constitucional para conocer los procesos de tutela de derechos fundamentales será materia de especial atención a partir del año

2001, cuando este órgano volvió a funcionar con la totalidad de sus integrantes y empezó a emitir sentencias importantes relacionadas con diversas materias, pues sólo cuando se emiten sentencias con lineamientos jurisprudenciales es que se puede evaluar el grado de seguimiento de los mismos por las instancias del Poder Judicial, identificar aquellos casos en que ello no ocurre y analizar los mecanismos de revisión de tales decisiones.

Con posterioridad a la emisión de estos lineamientos jurisprudenciales fue posible identificar que algunas instancias del Poder Judicial no seguían la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, pues inaplicaban normas que el propio Tribunal había considerado como compatibles con la Constitución, declarando fundadas las respectivas demandas de amparo interpuestas contra ellas. Una de las materias que ha dado lugar a estos problemas está relacionada con las normas sobre la prohibición de importar vehículos usados, emitidas con la finalidad de proteger el derecho al medio ambiente.

Sin embargo, dado que la competencia del Tribunal está limitada constitucionalmente para sólo conocer las resoluciones denegatorias del Poder Judicial, no existía una vía que le permitiera al Tribunal revisar las resoluciones estimatorias de amparo que contravenían su jurisprudencia. La única alternativa para cuestionar estas decisiones era presentar una demanda de amparo contra la sentencia respectiva, pero para que dicho caso llegara a conocimiento del Tribunal debía pasar por dos instancias del Poder Judicial y que la última desestimara la pretensión. Aparte, la demanda de amparo tenía que sustentarse en la protección de un derecho fundamental, por ejemplo, la igualdad ante la aplicación de la jurisprudencia, cuyo acto lesivo sería la inobservancia de los

lineamientos jurisprudenciales del Tribunal, supuestos que difícilmente podrían concordar con los presupuestos procesales que deben ser analizados por los jueces para determinar la procedibilidad de una demanda, en particular la existencias de un derecho fundamental amenazado o vulnerado.

Otra opción era reformar la Constitución respecto a la competencia del Tribunal Constitucional sobre el proceso de amparo o señalar que la misma sería determinada a través de la legislación. Sin embargo, la modificación de la Constitución con relación a este tema no se encontraba en la agenda del Congreso de la República, por tratarse de una materia muy especializada. En la práctica, las pocas reformas de los últimos años a la Constitución de 1993 han estado dirigidas a temas políticos u orgánicos.

A lo expuesto se debe agregar que a partir del año 2005 el Tribunal Constitucional empezó a dictar precedentes vinculantes al amparo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Ante la posibilidad de que estos precedentes también fueran inobservados por el Poder Judicial y que tales casos no puedan ser conocidos por el Tribunal, se hacía necesario evaluar otras alternativas para controlar las decisiones del Poder Judicial que no siguieran los lineamientos jurisprudenciales del máximo intérprete de la Constitución.

3.1.1.2.2 Respuesta del Tribunal Constitucional

La respuesta al problema planteado no tuvo su origen en el legislador o el Poder Judicial, sino en el propio Tribunal Constitucional, que en el año 2007 emitió una de sus decisiones más importantes, y por lo tanto también más polémicas, cual fue la sentencia

4853-2004-PA (caso Dirección Regional de Pesquería), publicada el 22 de mayo del 2007. En esta sentencia, calificada por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante, se realizó una interpretación diferente, novedosa y alternativa del citado artículo 202° inciso 2° de la Constitución, con la finalidad de lograr que los casos resueltos por el Poder Judicial pero que contravenían su jurisprudencia, pudiesen llegar a su conocimiento. En este sentido, se estableció la institución conocida como el recurso de agravio constitucional a favor del precedente vinculante (o simplemente, como se le conoció coloquialmente, “RAC a favor del precedente”). En el fundamento 40 de esta sentencia, el Tribunal señaló:

[...] este Colegiado procede a precisar las reglas aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido a través de esta sentencia, para la procedencia del recurso de agravio tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado.

A) Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.

B) Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados.

Los fundamentos del Tribunal para dictar la sentencia 4853-2004-PA son bastante sólidos, pues parten de una interpretación especializada sobre lo que implica la Defensa de la Constitución, la naturaleza jurídica del Derecho Procesal Constitucional, así como una comprensión cabal sobre la existencia misma del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y del doble carácter de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, entendidos como vías para la resolución de conflictos sobre derechos individuales o subjetivos, pero también como procesos que tienen como finalidad consolidar la justicia constitucional, para lo cual resulta indispensable garantizar que la jurisprudencia del Tribunal sea seguida por el Poder Judicial. Sin duda, esta doble finalidad de los procesos constitucionales resultaba algo difícil de comprender para muchos operadores jurídicos, ante lo cual la crítica más sencilla –y estrictamente formal- era considerar que la única forma de dar solución a la inobservancia de los precedentes del Tribunal era a través de una reforma constitucional.

La adecuada comprensión de esta sentencia requiere conocer y reconocer el carácter diferente y especializado de la justicia constitucional, tanto en el derecho comparado como en el Perú, así como los flagrantes casos de inobservancia de la jurisprudencia del Tribunal que se estaban dando en algunas instancias del Poder Judicial. En caso contrario, se corre el riesgo de un análisis meramente formalista de las competencias del Tribunal y de la justicia constitucional en su conjunto.

Las reacciones respecto a este fallo fueron diversas. Por una parte se consideró que se había fallado en contra del texto expreso de la Constitución y que cualquier modificación de las competencias del Tribunal tenía que pasar por una reforma

constitucional, lo cual, como hemos señalado, era algo muy difícil de concretar. Sin embargo, tales críticas no iban acompañadas de alguna propuesta que permitiese solucionar el problema de la inobservancia de los fallos del Tribunal. Invocar para estos casos un mayor control hacia los jueces tampoco resultaba una medida idónea, pues ninguna sanción disciplinaria deja sin efectos decisiones jurisdiccionales.

En la sentencia que comentamos, el Tribunal señaló que la novedosa interpretación del artículo 200°, inciso 2°, de la Constitución sólo era aplicable para el caso de sus sentencias dictadas en calidad de precedentes vinculantes, al amparo de lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Respecto a los casos en que el Poder Judicial dictara decisiones contrarias a la jurisprudencia dictada al amparo del artículo VI del mencionado Título Preliminar, el Tribunal señaló que la vía adecuada para su cuestionamiento era el amparo. Lamentablemente, el Tribunal no explicó las razones de esta diferencia. Si el objetivo era establecer mecanismos para garantizar que el Poder Judicial no se apartara de su jurisprudencia vinculante la respuesta debió haber sido la misma para todo tipo de decisión jurisprudencial con carácter vinculante. Además, la posibilidad de presentar una demanda de amparo implica el cumplimiento de determinados presupuestos procesales, que no se cumplen con sólo invocar que en un fallo del Poder Judicial se ha apartado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Esta falta de respuesta uniforme ante un mismo problema fue lo que finalmente condujo a la revocatoria del precedente establecido mediante la sentencia 4853-2004-PA. El motivo principal de esta revocatoria se encuentra en una de las resoluciones más

lamentables dictadas por el Tribunal Constitucional en toda su historia, relacionada con el caso *El Frontón*.

3.1.1.2.2.3 Caso *El Frontón*

La masacre de *El Frontón* ocurrió en Lima en junio del 1986, como consecuencia del uso de la fuerza pública para la debelación de los motines producidos al interior de dos establecimientos penitenciarios. Respecto a estos hechos la Comisión de la Verdad y Reconciliación señaló:

[La Comisión] está en condiciones de afirmar que en el centro penitenciario San Pedro (Lurigancho) y el ex centro penitenciario San Juan Bautista de la Isla “El Frontón” (ubicada frente a la provincia del Callao), más de doscientos internos acusados o sentenciados por terrorismo perdieron la vida durante los motines de junio de 1986, por el uso deliberado y excesivo de la fuerza contra los reclusos que una vez rendidos y controlados fueron ejecutados extrajudicialmente por agentes del Estado. Asimismo [...] expresa que el Estado, en el presente caso, está obligado a hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares, así como para investigar los hechos y procesar y sancionar a los responsables. (Comisión de la Verdad y Reconciliación 2003b : 737)

Respecto a estos hechos ocurridos hace más de veinte años y calificados como ejecuciones extrajudiciales, diversos integrantes de las Fuerzas Armadas han sido objeto de investigación. Precisamente, el caso que comentamos tuvo su origen en una demanda de hábeas corpus declarada fundada en el Poder Judicial, que era contraria, no a un precedente vinculante dictado por el Tribunal sino a la jurisprudencia dictada al amparo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Para la mejor

comprensión de este proceso, haremos una breve mención de las fechas más importantes del proceso:

- 12 de abril del 2007: Se presenta la demanda de hábeas corpus a favor de Teodorico Bernabé Montoya, dirigida contra la decisión del Ministerio Público de formular denuncia penal contra su persona por las ejecuciones extrajudiciales ocurridas en el penal *El Frontón* en junio de 1986.
- 17 de abril del 2007: La resolución de primer grado del juez especializado en lo penal declara infundada la demanda.
- 20 de julio del 2007: Fecha de la resolución de segundo grado de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Esta sentencia revocó la apelada y declaró fundada la demanda, en consecuencia, dejó sin efecto la denuncia formulada por la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial de Lima contra Teodorico Bernabé Montoya por el delito de homicidio calificado. A consideración de la Sala, en tanto los hechos ocurridos en junio de 1986 en el penal *El Frontón* no constituyen delitos de lesa humanidad, la respectiva acción penal había prescrito. Esta apreciación, simple y sin mayor desarrollo o argumentos, aparece en uno de los “fundamentos” de la sentencia, que no excede las cinco líneas.
- 12 de octubre del 2007: Fecha de la presentación del recurso de agravio constitucional contra la sentencia de segundo grado. El recurso fue declarado improcedente y contra esta decisión se presentó el respectivo recurso de queja ante

el Tribunal Constitucional. Ambos recursos fueron presentados por el Instituto de Defensa Legal (IDL), en representación de los familiares de las víctimas de la masacre de El Frontón, quienes no participaron durante el desarrollo del proceso de hábeas corpus pues la parte demandante fue el señor Teodorico Bernabé Montoya y la parte demandada el Ministerio Público.

El recurso de queja fue resuelto por el Tribunal Constitucional en sentido favorable, mediante la Resolución 245-2007-Q/TC, publicada el 19 de junio del 2008 y firmada por los magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos. De esta forma, asumió competencia para conocer la resolución estimatoria del Poder Judicial respecto a la demanda de hábeas corpus. El Tribunal sustentó su decisión en el precedente vinculante establecido en la sentencia 4853-2004-PA, a pesar que había sido previsto para los casos de inobservancia de los precedentes vinculantes y no de toda su jurisprudencia vinculante. Al respecto señaló:

5. [...] de autos se advierte que la entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el RAC, de conformidad con lo dispuesto en el fundamento jurídico 40 de la STC 4853-2004-PA. Asimismo, habida cuenta que la situación anteriormente detallada se encuentra íntimamente ligada a la protección de derechos fundamentales que han sido materia de desarrollo constitucional mediante pronunciamientos emitidos por este Colegiado, que constituyen doctrina jurisprudencial vinculante conforme lo establecido por el artículo VI del Título Preliminar del CPConst., este Tribunal considera pertinente conocer el presente recurso de a fin de evaluar si la decisión cuestionada mediante el RAC se condice con una eficaz protección de los derechos que han recibido protección por el citado tribunal internacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, en concordancia con los artículos 4.1° y 25° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Esta decisión generó problemas entre los magistrados del Tribunal, ampliamente difundidos a través de los medios de comunicación. Posteriormente, en una resolución bastante polémica, la mayoría de magistrados del Tribunal revocó esta decisión. En efecto, mediante la resolución 3173-2008-HC/TC, publicada el 15 de diciembre del 2008, se declaró nula la admisión efectuada del recurso de queja e improcedente el recurso de agravio constitucional, bajo el argumento que en este caso no correspondía aplicar el precedente sobre el recurso de agravio a favor de los precedentes vinculantes, sin perjuicio de que las personas afectadas por la sentencia de hábeas corpus emitida por el Poder Judicial en el caso *El Frontón* puedan presentar una demanda de amparo contra dicha decisión, si consideraban que era contraria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Esta nueva resolución fue emitida con el respaldo de sólo cuatro magistrados (Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Fernández y Álvarez Miranda). Los otros tres magistrados (Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz) emitieron votos singulares –aunque de forma separada– pronunciándose sobre el fondo de la controversia y optando por considerar infundada la demanda de hábeas corpus. De acuerdo con Landa (2010: 28), con esta decisión se perdió la oportunidad de ratificar la línea jurisprudencial sentada desde el año 2002 de afirmación del Tribunal como guardián de los derechos fundamentales, prefiriéndose argumentar en base a un formalismo jurídico procesal, subordinando al mismo los valores y derechos constitucionales.

En la resolución del caso *El Frontón* se aprecia por vez primera la intención de dejar sin efecto el precedente vinculante establecido en el fundamento 40° de la sentencia 4853-2005-PA, por cuanto en los argumentos de la decisión en mayoría se afirma que éste fue

expedido sin observarse las reglas para que se emita un precedente vinculante, establecidas por el propio Tribunal en su sentencia 24-2003-AI/TC. En realidad, la intención de revocar este precedente no estaba sustentada en la necesidad de dejar de lado una jurisprudencia equivocada, sino en que su uso permitió que el Tribunal Constitucional conociera el hábeas corpus sobre el caso *El Frontón*, un caso polémico y quizá algo incómodo para algunos magistrados.

3.1.1.2.2.4 Revocatoria del precedente

En la resolución del caso *El Frontón*, cuatro magistrados dieron a conocer su discrepancia con la sentencia 4853-2004-PA (caso Dirección Regional de Pesquería), que estableció como precedente vinculante la posibilidad de emplear el recurso de agravio constitucional cuando una sentencia estimatoria del Poder Judicial emitida en un proceso de tutela de derechos fundamentales fuera contraria a los precedentes del Tribunal Constitucional. Esta discrepancia permitía presumir la intención de dejar sin efecto este precedente, lo cual se concretó, por cinco votos contra dos, mediante la sentencia 3908-2007-PA (caso Provías Nacional), publicada el 5 de mayo del 2009.

El argumento principal de la revocatoria, como se anticipó en la resolución final del caso *El Frontón*, fue que el citado precedente no cumplía con los requisitos establecidos por el propio Tribunal, mediante la sentencia 24-2003-AI, para que se dicte una sentencia con calidad de precedente vinculante. Respecto a esta revocatoria se puede señalar lo siguiente:

- Se retorna a una interpretación literal del artículo 202º, inciso 2º, de la Constitución, sobre la competencia del Tribunal Constitucional en torno a los procesos de tutela de derechos fundamentales, la cual se encuentra completamente alejada de los criterios especializados de interpretación de la Constitución, que el propio Tribunal y sus magistrados debieran comprender mejor que nadie, en atención a su condición de integrantes de un órgano especializado en temas constitucionales.
- No existía ningún problema concreto originado por la aplicación de la sentencia 4853-2004-PA, pues la expedición de esta sentencia no llegó a aumentar la carga procesal del Tribunal Constitucional, como se aprecia en las estadísticas de la institución que aparecen en sus memorias anuales.
- El único problema serio originado por la aplicación de la sentencia 4853-2004-PA estuvo relacionado con la competencia que asumió el Tribunal para conocer el caso *El Frontón*. Esta causa subió a conocimiento del Tribunal por cuanto se consideró que una resolución emitida por el Poder Judicial era contraria a la jurisprudencia emitida por el Tribunal en materia de lucha contra la impunidad respecto a las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el país durante la época de la lucha contra el terrorismo. Las repercusiones de este caso, incluidas la renuncia de un Presidente del Tribunal, acusaciones mutuas entre magistrados e inestabilidad institucional, fueron conocidas por todos a través de la información difundida por los medios de comunicación.
- Los precedentes vinculantes cambian y se perfeccionan de manera continua, es decir, tienen una vocación de permanencia en el futuro, sin perjuicio de su

adecuación a las nuevas exigencias de la realidad. En este sentido, resulta inédito – por decirlo de alguna forma- que un Tribunal Constitucional revoque después de dos años un precedente por considerar que no debió ser emitido.

- La decisión de revocar el precedente establecido en la sentencia 4853-2004-PA se sustentó en que no se cumplieron los presupuestos establecidos por el Tribunal Constitucional para que pueda dictarse un precedente. Si seguimos este argumento, se tendrían que haber revocado casi todos los precedentes dictados hasta esa fecha por el Tribunal, pues la gran mayoría no cumplen con tales presupuestos.

Por lo expuesto, la institución del precedente vinculante fue vaciada en contenido y finalidad mediante la sentencia 3908-2007-PA (caso Provías Nacional), algo sumamente grave, pues la única razón de otorgar al Tribunal Constitucional la posibilidad de dictar jurisprudencia vinculante es reforzar la observancia obligatoria de sus decisiones en atención a su calidad de supremo intérprete de la Constitución. Si la sentencia 4853-2004-PA, a pesar de las críticas que recibió, llegó a constituirse en un punto y aparte en el camino al fortalecimiento de la justicia constitucional, su revocatoria implicaba un serio retroceso, que perjudicaba principalmente a los que buscan una protección judicial rápida y efectiva de sus derechos fundamentales. Estos últimos y sus problemas son los grandes ausentes en la sentencia en mayoría de revocatoria del precedente suscrita por cinco magistrados. De haberse tomado en cuenta su situación, se habrían dejado de lado posiciones personales o académicas en torno a esta materia, a favor de la tutela procesal efectiva de los derechos de toda persona reconocidos en la Constitución.

Los argumentos del voto en mayoría y de los votos singulares de la sentencia 3908-2007-PA (caso Provías Nacional) reflejaron también la seria crisis al interior del Tribunal, pues permitió apreciar formas completamente distintas de comprender los fundamentos de la justicia constitucional, algo bastante extraño en un órgano como el Tribunal Constitucional, que precisamente es la instancia jurisdiccional especializada sobre la materia y cuyos integrantes deberían tener una posición unánime en torno a la necesidad de garantizar que sus decisiones sean seguidas y respetadas por todas las demás instancias jurisdiccionales del país.

En suma, el precedente sobre la interpretación de la competencia del Tribunal para conocer resoluciones estimatorias del Poder Judicial contrarias a sus precedentes vinculantes –quizá el más interesante dictado por el Tribunal en toda su existencia- duró solo un par de años, siendo dejado sin efecto por el propio Tribunal, generando una fuerte inseguridad jurídica sobre la solidez de sus precedentes. Con esta decisión desapareció por completo la fuerza obligatoria de la interpretación de la Constitución que realiza el Tribunal Constitucional, su principal razón de ser como órgano de control constitucional.

En atención a lo expuesto, si el Tribunal Constitucional desarrolla una jurisprudencia vinculante relacionada con la protección del derecho al medio ambiente y la misma es dejada de lado por los juzgados y salas del Poder Judicial a través de sus sentencias sobre amparo, contra éstas sólo es posible dar inicio a nuevo proceso de amparo, mas no acudir directamente ante el Tribunal Constitucional.

3.1.1.2.2.5 Recurso de agravio constitucional a favor del artículo 8° de la Constitución

El tráfico ilícito de drogas afecta desde hace décadas al país. Lamentablemente, personas procesadas o sentenciadas por este delito suelen interponer demandas de hábeas corpus con la finalidad de dejar sin efecto resoluciones judiciales que restringen su libertad física durante los procesos penales o que los condenan a pena privativa de libertad. Lo más grave es que algunas son declaradas fundadas por el Poder Judicial, sin posibilidad de que puedan ser revisadas por el Tribunal Constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 202°, inciso 2°, de la Constitución Política.

Ante esta situación, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia 2663-2009-HC (caso Edwin Martínez Moreno), publicada el 17 de agosto del 2010, por medio de la cual habilitó el uso del recurso de agravio constitucional contra las sentencias del Poder Judicial que declaren fundadas demandas de hábeas corpus a favor de personas procesadas por tráfico ilícito de drogas, al cual denominó “recurso de agravio excepcional por vulneración del orden constitucional”. En este sentido señaló:

6. Si corresponde al Tribunal Constitucional la protección del orden constitucional, este debe estar provisto de las herramientas e instrumentos procesales idóneos para tal efecto, para evitar que por “defecto”, se terminen constitucionalizando situaciones que, aunque aparecen revestidas de un manto de “constitucionalidad”, en la práctica contienen un uso fraudulento de la Constitución o bajo el manto protector de los derechos fundamentales, se pretenda convalidar la vulneración de aquellos o una situación en la que se ha configurado un abuso de derecho. [...]

9. [...] en aplicación del artículo 201° de la Constitución, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202° de la misma, [el Tribunal Constitucional] es competente para revisar, vía RAC, las sentencias estimatorias que bajo el pretexto de proteger ciertos derechos fundamentales, convaliden la vulneración real de los mismos o

constitucionalicen situaciones en las que se ha producido un abuso de derecho o la aplicación fraudulenta de la Constitución; todo ello, en abierta contravención de los dispositivos, principios y valores materiales de la Constitución.

10. En el presente caso, el análisis del tema de fondo, planteado en autos, pasa por analizar cómo se vincula la pretensión contenida en la demanda, con el contenido de lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución, el mismo que expresamente establece que “El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas”.

En base a estos argumentos el Tribunal señaló:

11. Por ello, independientemente del contenido de la sentencia dictada en segunda instancia, en aplicación del artículo 201° de la Constitución, este Tribunal Constitucional entiende que es competente para conocer el caso de autos, entendiendo que el RAC presentado en autos, es uno de naturaleza excepcional, ante la vulneración del orden constitucional, en particular, de lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución, lo cual incluso tiene su correlato en las obligaciones que el Estado Peruano ha asumido en relación al combate del Tráfico Ilícito de Drogas en particular, y del crimen organizado transnacional, en general.

Esta decisión llama la atención pues se establece una regla similar al recurso de agravio a favor de los precedentes vinculantes, establecida en el 2007 y revocada en el 2009 como consecuencia del caso *El Frontón*, pero para reconocer la competencia del Tribunal respecto a resoluciones estimatorias del Poder Judicial que resulten contrarias al artículo 8° de la Constitución, que dispone que el Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. En comparación a los fundamentos que sustentaron el recurso de agravio a favor del precedente, los que sustentan el recurso a favor del orden constitucional no tienen la misma solidez jurídico-constitucional. Se aprecia más bien una reacción inmediata y práctica del Tribunal ante el problema de los hábeas corpus declarados fundados por el Poder Judicial a favor de las personas procesadas o sancionadas por tráfico ilícito de drogas, antes que una decisión jurídica seriamente

sustentada en los fundamentos del Tribunal como supremo intérprete de la Constitución y el doble carácter, objetivo y subjetivo, de los procesos constitucionales.

3.1.1.2.3 Procedencia durante los estados de excepción

Las actividades al interior de un Estado pueden verse afectadas por determinadas circunstancias (guerra, perturbación del orden interno, catástrofe, etc.), ante lo cual resulta imprescindible adoptar medidas que permitan enfrentar la crisis y restablecer la normalidad perturbada (Eguiguren 1989: 263). Con tal objetivo, los textos constitucionales reconocen la posibilidad de decretar los denominados regímenes o estados de excepción.

Cuando en un Estado se establece un régimen de excepción pueden suspenderse sus obligaciones previstas a nivel constitucional e internacional respecto a determinados derechos, por lo que la posibilidad de limitarlos o restringirlos aumenta. Sin embargo, ni la suspensión de obligaciones es absoluta ni los límites pueden ser de cualquier tipo. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

24. La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987a: 8)

En este sentido, las medidas restrictivas de un derecho adoptadas como consecuencia de la declaración de un estado de excepción deben ser las estrictamente necesarias para atender la situación de emergencia por la que atraviesa un Estado. Para la Corte Interamericana:

[Si] tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder [...] procede el control de la legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987a: 11-12)

Este control al que alude la Corte Interamericana puede ser realizado a través del hábeas corpus o del amparo. La Corte ha señalado, asimismo, que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de estos procesos durante los estados de excepción, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales asumidas en virtud de este tratado (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987a: 12).

Durante la vigencia de la Constitución de 1979 y a fin de hacer frente al problema del terrorismo, el Poder Ejecutivo declaró el estado de emergencia en varias ciudades del país, donde se reportaron denuncias de detenciones arbitrarias a cargo de las autoridades encargadas del orden público, ante las cuales fueron presentadas demandas de hábeas corpus, con el objetivo de que las autoridades jurisdiccionales protejan los derechos de las personas privadas de libertad sin respetarse las garantías establecidas en el texto

constitucional. Sin embargo, la tendencia por parte de los jueces fue declarar improcedentes estas demandas por considerar que durante los estados de excepción la libertad física y otros derechos fundamentales quedaban suspendidos, y en consecuencia no correspondía iniciar un proceso constitucional para su defensa.

Durante los estados de emergencia [la Policía Nacional del Perú] y las Fuerzas Armadas se arrogaron el derecho de detener para investigar, aun cuando no existieran indicios razonables que sustentaran la detención. Igualmente, realizaron detenciones que no fueron luego comunicadas, conforme lo prescribe expresamente la Constitución Política, ni al Ministerio Público ni al juez, interpretando incluso que podían dejar de informar la detención a la familia del detenido y limitar el acceso de su abogado. Estos comportamientos lamentablemente no fueron generalmente objeto de control por parte las autoridades jurisdiccionales cuando se interpusieron acciones de hábeas corpus. (Comisión de la Verdad y Reconciliación 2003a: 486)

El fundamento legal de los magistrados para no pronunciarse sobre las demandas presentadas se sustentaba en la legislación procesal constitucional vigente en aquel momento, la cual señalaba (artículo 38° de la Ley N° 23506, de 1982): “No proceden las acciones de hábeas corpus y amparo respecto de las garantías y derechos señalados específicamente en el artículo 231° de la Constitución Política, durante el tiempo de su suspensión”⁵⁹.

Por esta razón y en atención a los problemas descritos, la Constitución de 1993 señala en el artículo 200° que el derecho a presentar demandas de hábeas corpus y amparo no se suspende durante la vigencia de los estados de excepción previstos en el artículo 137° del texto constitucional. Además, precisa que en estos casos las autoridades judiciales

⁵⁹ El artículo 231° de la Constitución de 1979 regulaba los regímenes de excepción.

deben analizar la razonabilidad y proporcionalidad del acto lesivo. En este sentido dispone:

[...] El ejercicio de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137° de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

Si bien se trata de una medida adoptada como consecuencia de los problemas presentados respecto al proceso de hábeas corpus, también hace referencia al proceso de amparo, motivo por el cual se menciona en esta parte de la investigación.

La citada norma constitucional ha sido precisada en cuanto a sus alcances por el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 23° señala:

Los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, atendiendo a los siguientes criterios:

- 1) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos;
- 2) Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o,
- 3) Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez.

La suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declara el régimen de excepción.

Una crítica a este artículo es haber empleado la expresión suspensión de derechos para hacer referencia a lo que en realidad es una restricción de derechos, diferente y más intensa en los estados de excepción que en situación de normalidad. Pero este problema no nace del Código, sino que se origina en la propia Constitución, que en el artículo 137° establece la posibilidad de restringir o suspender derechos.

3.1.2 Tratados sobre derechos humanos

Los tratados sobre derechos humanos constituyen fuente del Derecho procesal constitucional por cuanto reconocen el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, cuyo respeto y garantía deben ser observados por los Estados al momento de desarrollar –a nivel legislativo y jurisprudencial– los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data, orientados a proteger de forma rápida y efectiva los derechos más importantes del ser humano.

En el capítulo 2 de esta investigación se ha desarrollado el contenido, reconocimiento internacional y los principales actos lesivos de este derecho. En este sentido, cabe recordar que existen diferentes pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en los cuales se ha analizado el marco constitucional y legal de diversos Estados respecto a los procesos de tutela de derechos fundamentales. A nivel interno, corresponde que los Estados identifiquen estos pronunciamientos y adecuen dicho marco legal, e incluso jurisprudencial, a los estándares internacionales, con miras a fortalecer la protección judicial de los derechos fundamentales.

A lo expuesto debe agregarse que en la actualidad una importante cantidad de países reconocen a los tratados sobre derechos humanos jerarquía constitucional y que estos tratados y la jurisprudencia de órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen parámetros de interpretación de los derechos reconocidos a nivel constitucional. Ambas situaciones se presentan en el caso peruano, conforme lo dispone la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el Código Procesal Constitucional (artículo V del Título Preliminar) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

3.1.3 Legislación procesal constitucional

3.1.3.1 Aspectos generales

La legislación constituye la fuente del Derecho Procesal Constitucional más importante después de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, pues establece el marco normativo general y las principales reglas que deben ser observadas por los órganos jurisdiccionales para la defensa de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales. Esta legislación debe concretarse a través de una *ley* entendida en su sentido formal, es decir, como norma emitida por el Congreso de la República conforme al procedimiento para la elaboración de las normas jurídicas previsto en la Constitución.

La legislación procesal constitucional puede estar desarrollada en una ley que regule todos los procesos constitucionales, o a través de varias leyes que desarrollen cada

proceso en particular, o en la norma que regula la estructura y funciones de las cortes, salas o tribunales constitucionales que tienen competencia para conocer tales procesos.

Asimismo, es posible encontrar experiencias comparadas en donde se exige que esta legislación, dado que desarrolla los mecanismos de protección y defensa de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, sea desarrollada a través de una ley orgánica. A modo de ejemplo se puede citar el caso de Colombia, en donde los derechos fundamentales y los procesos para su protección deben ser regulados a través de las denominadas *leyes estatutarias* (artículo 152° inciso a) de la Constitución de 1991), para cuya aprobación, modificación o derogación se requieren los votos a favor de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso (artículo 153°). El trámite incluye la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la conformidad del proyecto con la Constitución. Sin embargo, por autorización expresa del literal b) de la 5ta. Disposición Transitoria de la Constitución, la normativa actual de la *acción de tutela* (denominación que en Colombia recibe el proceso de amparo) no se encuentra prevista en una ley estatutaria, sino en un Decreto expedido por el Presidente de la República (Decreto 2591, de 1991).

En el caso peruano, el desarrollo de la legislación procesal constitucional se divide en dos períodos. El primero se inicia en 1982 con la aprobación de la Ley N° 23506, vigente hasta el 1 diciembre del 2004. El segundo se inicia en dicha fecha, cuando entra en vigencia el Código Procesal Constitucional.

3.1.3.2 Período 1982-2004 (Ley N° 23506 y otras)

En este período, la legislación sobre procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales estuvo dispersa en diferentes leyes, modificadas en numerosas ocasiones. Esto generó serios problemas para los operadores jurídicos, tanto por las dificultades para concordar las diferentes normas aplicables a cada proceso, como para saber cuáles habían sido modificadas o derogadas. Además, dicha legislación había sido elaborada en su mayoría alejada de los lineamientos que ofrece la teoría general del proceso. Finalmente, presentaba serias deficiencias que limitaban un correcto desarrollo de los procesos constitucionales y, por lo tanto, dificultaba alcanzar sus objetivos.

Esta legislación estuvo prevista en dos leyes: la ley de hábeas corpus y amparo (que a su vez fue objeto de varias modificaciones) y la ley orgánica del Tribunal Constitucional.

3.1.3.2.1 Ley de hábeas corpus y amparo

La Ley N° 23506, publicada el 8 de diciembre de 1982 en el diario oficial *El Peruano*, constituyó la primera y principal norma de desarrollo legal de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. Estuvo vigente –en la mayoría de sus artículos- por veintidós años, hasta que en diciembre de 2004 entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, que la derogó de forma expresa. Toda una generación de abogados estudió y se desempeñó profesionalmente en materia de procesos constitucionales con esta ley, la cual fue objeto de varias modificatorias. La Ley N° 25398 estableció las más importantes, e incluso el presidente Fujimori llegó a emitir un

Reglamento de la Ley N° 23506 (Decreto Supremo 24-1990-JUS, publicado el 8 de diciembre de 1990), con el objetivo de limitar los alcances de los procesos constitucionales.

De todas las modificaciones a la Ley N° 23506, la mayoría estuvo referida al proceso de amparo, en particular a lo dispuesto en su artículo 31°, sobre la regulación de la medida cautelar, cuyo texto -hasta que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional a finales del 2004-correspondió a un Decreto Ley emitido con posterioridad al 5 de abril de 1992. También fue objeto de diversas reformas la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer las demandas de amparo. En la actualidad, ambos temas siguen generando reformas normativas.

Dado que la Constitución de 1993 incorporó dos nuevos procesos constitucionales, el Congreso aprobó la Ley N° 26301, publicada el 3 de mayo de 1994, a efectos de regular los procesos de hábeas data y cumplimiento. En su mayoría, las normas aplicables a ambos procesos fueron las del amparo.

Respecto a la protección del derecho al medio ambiente, la lista de derechos protegidos por el amparo prevista en el artículo 24° de la Ley N° 23506 no lo incluía. Si bien ello no significaba que no pudiese acudir al amparo para su protección, pues dicha lista era sólo enunciativa y no taxativa, refleja que no se trataba de uno de los derechos que el legislador estuviese interesado en resaltar expresamente como protegido por esta vía. Sin embargo, en una modificación realizada en 1990 al artículo 26°, que regulaba la legitimidad para presentar demandas de amparo, se incluyó una regla específica sobre la protección del medio ambiente, con el siguiente texto: “Cuando la acción se interponga

por violación o amenaza de violación de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, podrá ser ejercida por cualquier persona, aun cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente. Igual atribución tienen las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, cuyo objeto es la defensa del medio ambiente”⁶⁰.

3.1.3.2.2 Ley orgánica del Tribunal Constitucional

Las leyes orgánicas tiene por objetivo desarrollar aspectos relacionados con la estructura de un órgano constitucional; sin embargo, las leyes que desarrollaron las funciones del Tribunal Constitucional peruano en el período 1982-2004 contenían disposiciones relacionadas con el trámite de los procesos constitucionales ante esta instancia.

La institución del Tribunal Constitucional fue incorporada en el ordenamiento jurídico peruano a través de la Constitución de 1979, bajo la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales, y su respectiva ley orgánica, Ley N° 23385, fue publicada el 20 de mayo de 1982. El Título III de esta ley, que comprendía los artículos 42° al 47°, se denominaba “De la casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus y amparo”, sección en la cual se abordaba el trámite a seguir en tales casos.

La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales fue derogada y reemplazada en su integridad por la Ley N° 26435, publicada el 10 de enero de 1995. Esta norma fue expedida con la finalidad de regular la nueva estructura y las nuevas competencias asignadas al Tribunal Constitucional establecido en la Constitución de

⁶⁰ Este texto fue agregado por el artículo 140° del Decreto Legislativo N° 613 (Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales), publicado el 8 de setiembre del 1990 en el diario oficial *El Peruano*.

1993. Al igual que su antecesora, también establecía disposiciones específicas sobre el trámite del proceso de hábeas corpus y amparo ante esta instancia.

Junto con el Código Procesal Constitucional se aprobó y entró en vigencia una nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301, publicada el 23 de julio del 2004) la cual regula solamente los aspectos orgánicos de esta institución, sin contemplar normas sobre el desarrollo de los procesos constitucionales, las cuales se incluyen únicamente en el mencionado Código. Con esta opción legislativa, se logró separar adecuadamente dos materias diferentes, que debían ser también reguladas a través de dos normas distintas.

3.1.3.3 Período 2004 en adelante (Código Procesal Constitucional)

3.1.3.3.1 Aspectos generales

Desde 1994, un grupo de destacados profesionales en Derecho y docentes universitarios empezó a elaborar un texto de Código Procesal Constitucional, con la finalidad de incluir en un solo cuerpo normativo la legislación sobre los procesos constitucionales:

Luego de culminarlo lo remitieron a un grupo de abogados, jueces, fiscales y profesores quienes formularon valiosos aportes. En octubre del 2003 el texto fue publicado y divulgado a la comunidad jurídica y académica.

Posteriormente, el 15 de diciembre del 2003, la propuesta fue acogida y presentada como proyecto de un grupo multipartidario de congresistas (Proyecto de Ley N° 09371). Dicho proyecto contó con dictámenes favorables de la Comisión de Constitución y Reglamento, y de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, las cuales introdujeron contadas modificaciones. El 6 de mayo del 2004 fue aprobado por el Congreso por 72 votos a favor, ninguno en contra y una abstención [...] (Abad 2004: 40-41)

Luego del respectivo procedimiento parlamentario, el 31 de mayo del 2004 fue publicada en el diario *El Peruano* la Ley N° 28237, que contiene el texto del Código Procesal Constitucional (en adelante el Código). Esta norma entró en vigencia el 1 de diciembre del mismo año, luego de un período de *vacatio legis* de seis meses (de junio a noviembre).

Los aportes del Código se pueden resumir en: a) la unificación en un solo cuerpo legal de la legislación procesal constitucional, b) el tratamiento de los procesos constitucionales desde la perspectiva de la teoría general del proceso, y c) la incorporación o reforma de importantes instituciones jurídicas, como el precedente vinculante, la actuación inmediata de sentencia impugnada, el trámite de las medidas cautelares, el reconocimiento del carácter subsidiario del proceso de amparo y el establecimiento de mecanismos coercitivos para el cumplimiento de las sentencias.

La aprobación del Código fue vista en su momento como uno de los avances legislativos más importantes dados en el país con miras a fortalecer la protección judicial de derechos fundamentales. Asimismo, resultaba una novedad para el derecho comparado, pues en la mayoría de países la legislación sobre procesos constitucionales se encuentra dispersa en diferentes normas. La entrada en vigencia del Código implicó, además, todo un reto para los litigantes y los jueces. Si bien el hecho de contar con un marco normativo adecuado constituía un paso importante, quedaban pendientes varios retos para que los juzgados y tribunales nacionales respondieran de modo satisfactorio las demandas de tutela de derechos fundamentales. En el caso de los litigantes, les correspondía conocer la nueva normativa y aplicarla a fin de que se alcancen los

objetivos de los procesos constitucionales. En el caso de los jueces, les correspondía aplicar de manera correcta el Código y precisar en su jurisprudencia todos aquellos aspectos que así lo requieran. La dirección judicial del proceso se presentaba como un importante reto a asumir, a fin de conseguir una sentencia oportuna, que evite la consumación de un perjuicio irreparable (Soria 2005: 15).

Si bien la expedición del Código significó un hito importante en el desarrollo legal de los procesos constitucional, a más de cinco años de su vigencia, en los hechos son pocos los cambios sustantivos producidos en materia de tutela de derechos fundamentales, lo que demuestra las limitaciones del marco normativo sobre un tema particularmente complejo. Así por ejemplo, no se puede afirmar que el amparo se haya convertido en la vía exclusiva para el conocimiento de causas de índole estrictamente constitucional, pues a través de este proceso los litigantes siguen planteando controversias sin sustento o relevancia constitucional, que si bien son declaradas improcedentes, generan carga procesal innecesaria. De otro lado, la demora excesiva de este proceso, que debería brindar una tutela urgente de los derechos, demuestra que acudir al amparo es como acudir a una vía ordinaria. Asimismo, el poco conocimiento y empleo de instituciones como la actuación inmediata de sentencia impugnada, limitan la eficacia del proceso. Todo ello demuestra que para que los procesos constitucionales sean mecanismos idóneos y efectivos para la tutela de derechos fundamentales, se requiere mucho más que un cuerpo normativo moderno. Esta apreciación queda ratificada al evaluar las modificaciones realizadas al Código Procesal Constitucional.

A diferencia de la legislación anterior, el derecho al medio ambiente sí fue mencionado de forma expresa como parte de la lista de derechos que pueden ser protegidos a través

del amparo (artículo 37°, inciso 23, del Código), lo que refleja la importancia que adquirió este derecho en el transcurso de varios años. Al igual que en la legislación anterior, el Código estableció algunas reglas específicas respecto a la legitimidad para obrar con miras a su protección (artículo 40°). Más allá de esto último, no contempla otra regla especial sobre la protección del derecho al medio ambiente a través del proceso de amparo.

3.1.3.3.2 Modificaciones al Código

El Código ha sido objeto de diversas modificaciones, que a continuación son mencionadas en orden cronológico, con una breve explicación de las razones que sustentaron estos cambios:

- *Ley N° 28400*, publicada el 27 de noviembre del 2004: Esta norma, publicada pocos días antes de que el Código entrara en vigencia, precisó que el numeral 11) de la Primera Disposición Transitoria y Derogatoria del Código derogaba únicamente el artículo 17° del Decreto Legislativo 824 –Ley de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas-, y no todas sus disposiciones. El citado artículo 17° establecía la improcedencia de las demandas hábeas corpus “a favor de las personas involucradas en el delito de tráfico ilícito de drogas durante la detención preventiva en la investigación policial, en la que haya participado el representante del Ministerio Público y el caso haya sido puesto en conocimiento de la autoridad judicial competente”.

- *Ley N° 28642*, publicada el 8 de diciembre del 2005: Esta modificación al Código encuentra su origen en el debate entre el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones respecto a la procedencia del amparo contra una resolución del Jurado en materia electoral, resultado de la interpretación realizada por el Tribunal respecto a los alcances del artículo 142° de la Constitución, que señala de forma expresa que contra las resoluciones del Jurado no cabe revisión judicial. Con la aprobación de la citada ley el Congreso de la República dio la razón al Jurado, pues a través de ella se modificó el artículo 5°, inciso 8°, del Código, a fin de establecer que no proceden los procesos constitucionales cuando “se cuestionen resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno”. Contra esta modificación fue presentada una demanda de inconstitucionalidad, que fue declarada fundada por el Tribunal mediante la sentencia 7-2007-PI, publicada el 22 de junio del 2007 en *El Peruano*.
- *Ley N° 28946*, publicada el 24 de diciembre del 2006: Hasta la fecha, la ley que ha establecido las modificaciones más importantes al Código. Mediante ésta se reformaron los artículos 3° y 15°, a fin de regular el amparo contra normas autoaplicativas y las medidas cautelares a dictarse en estos casos; el artículo 51°, a fin de precisar la competencia territorial de los jueces que conocen demandas de amparo; el artículo 53°, a fin de incorporar en el amparo el saneamiento procesal; el artículo 10°, sobre las excepciones y defensas previas; y el artículo 7°, sobre la representación procesal del Estado. El motivo principal de estas modificaciones, especialmente de los artículos 3°, 15° y 51°, era hacer frente al problema de las

demandas de amparo contra normas que regulan el funcionamiento de los casinos y máquinas tragamonedas.

- *Ley N° 29364*, publicada el 28 de mayo del 2009: Esta norma establece modificaciones al Código Procesal Civil a fin de precisar las competencias de la Corte Suprema. En sus disposiciones finales se derogaron los dos últimos párrafos del artículo 51° del Código Procesal Constitucional, que establecían la competencia de las cortes superiores para conocer en primera instancia las demandas de amparo contra resoluciones judiciales. Con esta reforma, tales demandas corresponden ser conocidas en primer lugar por los jueces constitucionales, civiles o mixtos, y en segunda instancia por las cortes superiores, eliminándose la competencia de la Corte Suprema respecto a esta materia, que originalmente conocía estos casos como instancia de revisión.
- *Ley N° 29639*, publicada el 24 de diciembre del 2010: Esta norma no modifica un artículo expreso del Código sino que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos. Sin embargo, el artículo 2° de esta ley señala que “el trámite de medida cautelar solicitada en cualquier tipo de proceso judicial, incluidos los procesos constitucionales, se sujeta exclusivamente a lo dispuesto en los artículos 608° y 630° del Código Procesal Civil y demás normas de dicho Código que resulten aplicables”. A efectos de este trabajo, la mención a la Ley N° 29639 resulta de interés, por relacionarse con una medida orientada a la protección de recursos naturales.

En términos generales, las normas modificadas del Código inciden en temas que también fueron objeto de cambios durante la legislación anterior (Ley N° 23506 y sus modificatorias), como las medidas cautelares, la competencias de los órganos jurisdiccionales e incluso el amparo contra normas legales, lo cual confirma que se trata de materias que, más de veinte años después, todavía siguen generando problemas, ante lo cual se han buscado respuestas de tipo normativo, cuando en realidad se trata de problemas que escapan a este ámbito y se centran más bien en la conducta de los operadores jurídicos, como los litigantes y los jueces.

Con relación a las modificaciones al Código es importante señalar que conforme al artículo 107° de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional cuenta con iniciativa para presentar proyectos de ley sobre los temas de su especialidad⁶¹. Si bien el Tribunal no ha presentado proyectos conforme al procedimiento previsto para ello, ha formulado a través de sus sentencias propuestas sobre cómo debería regularse una determinada materia. Así ocurrió, por ejemplo, a propósito de la controversia sobre la decisión del Tribunal de interpretar el artículo 142° de la Constitución, a fin de reconocer que contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones sí cabe presentar una demanda de amparo. En la sentencia 5854-2005-PA (caso Pedro Andrés Lizana Puelles), publicada el 9 de noviembre del 2005 en *El Peruano*, señaló:

[...] de conformidad con lo establecido en el artículo 107° de la Constitución, este Tribunal propone al Congreso de República introducir en el [Código Procesal Constitucional], en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:

⁶¹ El artículo 107° de la Constitución de 1993 señala: “El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes.

También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley”.

- Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.
- Que las demandas de amparo contra una decisión del JNE en materia electoral sean presentadas ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarísimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.
- Sancionar a aquellos jueces constitucionales que, contraviniendo el artículo 13° del CPConst., no concedan trámite preferente a las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del JNE en materia electoral.
- Los plazos deben ser perentorios a efectos de no crear incertidumbre en las decisiones electorales y asegurar la confianza en el sistema de control jurisdiccional constitucional.

Más de seis años después de emitida esta sentencia, las propuestas del Tribunal no han sido debatidas por el Congreso, lo que demuestra la poca fuerza que se le reconoce a este tipo de decisiones y que el tema no se encuentra dentro de las prioridades en la agenda legislativa.

3.1.3.3 Aplicación de normas supletorias

La legislación procesal constitucional es una normativa específica que se desarrolla sobre la base de la finalidad de los procesos constitucionales y que tiene por objetivo regular los aspectos centrales a ser observados durante su desarrollo. Sin embargo, es posible que para la resolución de algunos temas de índole procesal sea necesario acudir, de forma supletoria, a la legislación procesal que regula otros procesos.

Esta aplicación de normas supletorias es una tendencia frecuente en el derecho comparado y la intensidad de dicha aplicación es relevante para analizar el grado de autonomía del Derecho Procesal Constitucional:

La *praxis* jurisprudencial sugiere la tendencia a delimitar el reenvío a normas supletorias que se hallan en otros órdenes procesales, a fin de ir precisando que la supletoriedad no es abierta y general como cuando se utilizan frases como “en lo no previsto” o “en defecto de”, sino cerrada y particular al puntualizarse las materias y las condiciones específicas en las que procede la suplencia de las normas; se ha procedido de esta manera presuponiendo que mientras mayor sea la apertura en el reenvío a normas supletorias menor será la cuota de especificidad de las normas procesales constitucionales, y que mientras la apertura sea menor, podrá potenciarse de mejor manera su nivel de peculiaridad. (Astudillo 2008: 78)

En el Perú, el Código Procesal Constitucional ha previsto la posibilidad de emplear de forma supletoria disposiciones contenidas en otras normas de alcance procesal. Al respecto, el artículo IX del Título Preliminar establece:

En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

Si bien la norma hace referencia a los códigos procesales afines a la materia discutida, en la práctica el único Código aplicable es el Procesal Civil, a fin de resolver dudas sobre el desarrollo del proceso de amparo. En el caso de los otros procesos no existe siempre la posibilidad de tomar como referencia otros cuerpos normativos de índole procesal. Así por ejemplo, en el caso del hábeas corpus no correspondería aplicar normas supletorias del Código Procesal Penal, dado que éste aborda temas

completamente diferentes y el hábeas corpus es además un proceso de trámite bastante sencillo, en donde los posibles vacíos del Código deben resolverse más bien aplicando los principios procesales.

Si bien el citado artículo IX del Título Preliminar hace referencia a los “códigos procesales”, podría entenderse que está haciendo referencia a la legislación procesal específica prevista para otras materias, contenida en normas que no necesariamente se denominan formalmente como códigos. Este sería el caso de la Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497, del 2010) o de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (Ley N° 27584, del 2001). En todo caso, de aceptarse esta interpretación, tampoco estaríamos ante normas que pudiesen ser consideradas para una aplicación supletoria, en tanto su desarrollo responde a procesos con objetivos y presupuestos diferentes.

Es importante anotar que, conforme lo establece el Código, la aplicación supletoria de otras normas procesales está condicionada a que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y ayuden a su mejor desarrollo. En otras palabras, la aplicación de tales normas no debe obstaculizar la tutela procesal que se busca alcanzar a través de los procesos de protección de derechos fundamentales.

3.1.3.4 Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional

Como todo órgano estatal, el Tribunal Constitucional necesita contar con reglas internas sobre el desarrollo de sus actividades, que en su caso se encuentran orientadas al conocimiento y resolución de los procesos constitucionales. Estas reglas son expedidas por el Tribunal al amparo de la autonomía que le es reconocida a nivel constitucional,

elemento esencial para asegurar su adecuado funcionamiento e independencia respecto a las demás entidades estatales e incluso los litigantes. Se trata de una competencia “cuyo producto es una norma jurídica de eficacia interna, es decir, de un acto de creación de Derecho que sólo vincula al órgano del que emana” (Rodríguez-Patrón 2001: 128). Por ello, las normas internas de funcionamiento de un Tribunal Constitucional no deben contener disposiciones relacionadas con el desarrollo de los procesos constitucionales o que se relacionen con los derechos y obligaciones de las partes del proceso, materias que deben estar reservadas a la legislación procesal. En este sentido, “no despliegan [sus] efectos fuera del órgano, no vinculan a otros órganos constitucionales ni a los ciudadanos” (Rodríguez-Patrón 2001: 127).

La potestad de un Tribunal Constitucional para dictar normas internas de funcionamiento se deriva de la autonomía que se le reconoce a nivel constitucional, siendo por lo general establecida de forma expresa en su ley orgánica. En el caso peruano, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301, artículo 2°) establece que esta institución puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores, dentro del ámbito de la propia Ley. Estos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el diario oficial El Peruano. Al amparo de esta atribución el Tribunal cuenta con un “Reglamento Normativo” de la institución, cuyas disposiciones se orientan a regular aspectos específicos relacionados con su organización interna, a fin de cumplir adecuadamente con su función jurisdiccional y el desarrollo de los procesos constitucionales. Como se ha indicado, no corresponde en este Reglamento incluir normas de índole procesal.

Sobre este tema nos interesa hacer mención a algunas disposiciones del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional que si bien en un principio parecen estar relacionadas con su funcionamiento interno, tienen relación directa con el desarrollo de los procesos constitucionales.

Una de estas disposiciones es el artículo 11°, que establece la competencia de una Sala para calificar la procedencia de los casos que suben a conocimiento del Tribunal, estando habilitada para declarar su improcedencia mediante un auto en determinados supuestos. El citado artículo, según la modificación realizada en marzo del 2006, señala⁶²:

Una de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18° del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes casos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

En la práctica este artículo no se ha llegado a aplicar, aunque hubo un intento mediante la creación de una Comisión al interior del Tribunal responsable de evaluar qué casos debían ser analizados respecto al fondo de la controversia y cuáles ser declarados improcedentes, decisión que dependía de evaluar si las resoluciones del Poder Judicial seguían o no los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal.

⁶² Texto según Resolución Administrativa N° 31-2006-P/TC, publicada el 2 de marzo del 2006 en el diario El Peruano.

Otra disposición importante del Reglamento es el artículo 13°, referido a la competencia especial del Pleno del Tribunal, el cual señala que los procesos iniciados ante las respectivas Salas de las Cortes Superiores –se refiere a los amparos contra resoluciones judiciales, conforme a lo dispuesto por el Código antes de su reforma mediante la Ley N° 29364-, y todos los que, al ser resueltos, pueden establecer jurisprudencia constitucional o apartarse de la precedente, deben ser vistos por el Pleno, a petición de cualquiera de sus miembros. Se trata de una materia relacionada con la competencia de los órganos que conforman el Tribunal (las Salas y el Pleno), que en caso de no observarse podría dar lugar a un cuestionamiento por parte de quien considere que su causa no ha sido vista por la instancia competente.

Finalmente, debe hacerse mención al artículo 13-A, agregado en el año 2005, que dispone que el Pleno o las Salas pueden solicitar *amicus curiae* a fin de esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio del caso. Mediante esta norma el Tribunal buscó regular la presentación de *amicus curiae* ante esta institución, que en muchas ocasiones se llevaba a cabo por iniciativa de alguna persona u organización, sin que quedara del todo claro si se presentaba con una finalidad objetiva –ilustrar al Tribunal sobre un tema específico- o subjetiva –ofrecer al Tribunal un punto de vista favorable a alguna de las partes en el proceso. A fin de evitar problemas, el Tribunal decidió prohibir la presentación de estos *amicus* a iniciativa de terceros, reservándose la potestad de solicitarlos.

Dado que el Reglamento Normativo es esencialmente un instrumento de gestión interna sobre los procesos a cargo del Tribunal, no se encuentra en su texto referencia a algún

tema específico relacionado con la protección del derecho al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo. Sin embargo, es interesante anotar que dada la complejidad de la información que suele ser necesaria para la resolución de estos casos, especial interés tiene conocer que los posibles *amicus curiae* ante esta instancia sólo pueden ser presentados si así el Tribunal lo decide.

3.1.4 Jurisprudencia procesal constitucional

La jurisprudencia constituye una fuente del Derecho Procesal Constitucional, que se manifiesta en dos escenarios; por un lado, las sentencias emitidas en los procesos de inconstitucionalidad; y por otro lado, la jurisprudencia que precisa los alcances de la legislación procesal constitucional.

3.1.4.1 Proceso de inconstitucionalidad

Las disposiciones legales que desarrollan los procesos constitucionales, como toda norma del sistema jurídico, pueden ser sometidas a un proceso de control jurisdiccional a efectos de evaluar su conformidad con las normas constitucionales. Esto permite garantizar la esencia de estos procesos ante los posibles excesos del legislador, así como contar con un conjunto de sentencias en las cuales se establezcan criterios de interpretación sobre sus objetivos. Así ha ocurrido por ejemplo en Colombia, en donde la Corte Constitucional ha resuelto demandas de inconstitucionalidad contra determinados dispositivos de las normas que regulan la acción de tutela (amparo), en temas como la tutela contra sentencias y la caducidad de la acción, la tutela como mecanismo transitorio para proteger un derecho fundamental, la tutela contra

particulares y el trámite de la sanción impuesta por el incumplimiento de las sentencias de tutela⁶³.

En el Perú, el proceso de inconstitucionalidad es un mecanismo de control de constitucionalidad de normas, incorporado mediante la Constitución de 1979 y reconocido también en el actual texto constitucional de 1993. Conforme al artículo 200°, inciso 4°, de este último, procede contra las denominadas normas con rango de ley, que incluye las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. De acuerdo con el artículo 202°, inciso 1°, de la Constitución el órgano competente para conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, como instancia única, es el Tribunal Constitucional.

Las sentencias del Tribunal pueden concluir en considerar que la norma impugnada es compatible con la Constitución, ordenar su expulsión del ordenamiento jurídico o aceptar su permanencia pero condicionada a una determinada interpretación. En el primer supuesto, los argumentos del Tribunal le permiten al legislador justificar futuras modificaciones legales que se orienten en similar dirección. En los otros supuestos, tales argumentos deben ser observados por el legislador, a fin de que no vuelva a emitir normas con un contenido similar al identificado como inconstitucional. Hasta el momento, en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal no ha hecho uso de las denominadas sentencias manipulativas (aditivas o sustitutivas) respecto a la legislación procesal constitucional.

⁶³ Sobre estos temas pueden consultarse, respectivamente, las sentencias de la Corte Constitucional C-543/92, del 1 de octubre de 1992, C-531/93, del 11 de noviembre de 1993, C-134/94, del 17 de marzo de 1994 y C-243/96, del 30 de mayo de 1996.

A continuación reseñamos los casos en los cuales el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre demandas de inconstitucionalidad presentadas contra normas que regulan los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales.

3.1.4.1.1 Competencia de juzgados y salas para conocer demandas de amparo⁶⁴

En este caso, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Decreto Legislativo N° 900, publicado el 29 de mayo del 1998 y expedido al amparo de la Ley N° 26950, que autorizó al Poder Ejecutivo a legislar sobre materias relacionadas con la Seguridad Nacional. El artículo 2° del Decreto Legislativo 900 modificó la legislación sobre la competencia de los jueces y salas para conocer demandas de amparo⁶⁵, y estableció lo siguiente:

Es competente para conocer de la Acción de Amparo en la Capital de la República y en la Provincia Constitucional del Callao el Juez Especializado de Derecho Público. En los demás Distritos Judiciales son competentes el Juez Civil o Mixto del lugar donde se produzca la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Si la violación o amenaza de un derecho se origina en una orden judicial la acción se interpone ante la Sala Superior de Derecho Público o, en su caso, ante la Sala Especializada en lo Civil o Mixta de la Corte Superior de Justicia respectiva, designada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, la que encarga su trámite a otro Juez Especializado en Derecho Público, cuando corresponda, al Juez Civil o Mixto, según el caso.

⁶⁴ Sentencia 4-2001-PI/TC, publicada el 27 de diciembre del 2001 en El Peruano.

⁶⁵ El texto original del artículo 29° de la Ley N° 23506, que establecía la competencia de los jueces en materia de amparo, fue modificado en varias ocasiones, primero por la Ley N° 25011 (1989), luego por las leyes 25398 (1992) y 26792 (1997), y finalmente por el Decreto Legislativo N° 900 (1998).

Mediante esta norma se elevó a rango legal una disposición administrativa vigente desde 1996, que dispuso que en el distrito judicial de Lima la competencia para conocer demandas de amparo y hábeas corpus no correspondía a los jueces civiles, penales o mixtos, como en el resto del país, sino a los juzgados y salas especializadas en derecho público.

Aparte de declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada por razones de forma, pues conforme al artículo 200° de la Constitución de 1993 la competencia en materia de procesos constitucionales sólo puede ser regulada por ley orgánica, el Tribunal se pronunció sobre temas de fondo. En términos generales señaló:

- En la regulación de los procesos constitucionales “debe existir un criterio uniforme para la tramitación de las acciones de hábeas corpus y amparo en todo el territorio de la República”. Esta afirmación del Tribunal se debía a que, como se ha señalado, el Decreto Legislativo N° 900 estableció un tratamiento diferenciado para Lima y la Provincia Constitucional del Callao, respecto a los demás distritos judiciales, en cuanto a la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer las demandas de tutela de derechos fundamentales. En ambos distritos estas demandas sólo podían ser interpuestas ante dos juzgados especializados en derecho público, mientras que en los otros distritos se podían presentar ante cualquier juez penal (para el caso del hábeas corpus) o ante los jueces civiles y mixtos de turno (para el caso del amparo).
- La norma impugnada “limitaba indebidamente a dos jueces el conocimiento de los procesos de hábeas corpus y amparo [...] lo cual dilatava innecesariamente un proceso –al circunscribirlo a dos jueces en Lima y Callao–, que, por la naturaleza de

los derechos protegidos, es sumarísimo y deberá sustanciarse ante cualquier juez competente”. De esta forma, el Tribunal consideraba que una medida como la prevista en la norma impugnada limitaba las posibilidades de obtener una tutela procesal eficaz de derechos fundamentales, aspecto que lo relaciona directamente con el número de jueces con competencia para conocer este tipo de procesos.

Ante la decisión del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional la norma impugnada, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa N° 192-2001-CE-PJ (publicada el 28 de diciembre del 2001 en El Peruano, es decir, al día siguiente de la publicación de la sentencia), por la cual dispuso la desactivación de la Sala y los juzgados de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, convirtiéndolos en Sala y juzgados especializados en lo civil. Asimismo, en esta resolución determinó que a partir del 28 de diciembre del 2001 las demandas de amparo serían conocidas por los juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima. En este sentido, casi seis años después de haber dejado de tener competencia sobre estos procesos (1996-2001), los juzgados civiles volvieron a asumirla, sin que de por medio existiera el tiempo necesario para actualizar sus conocimientos sobre la materia, tanto de índole sustantiva como procesal, situación que sin duda debe haber afectado el desarrollo de estos procesos y la tutela eficaz de los derechos fundamentales.

Si bien el Código Procesal Constitucional opta por la creación progresiva de juzgados especializados en procesos constitucionales (Tercera Disposición Final), hace la salvedad que no podrá considerarse como parte de sus competencias los procesos de hábeas corpus, los que podrán iniciarse ante cualquier juez penal. Para el caso de los

procesos de amparo, estimamos que el número de juzgados a crearse en los diferentes distritos judiciales debe estar en relación al número de demandas que se presentan, de modo tal que no se concrete una situación como la evaluada por el Tribunal a propósito de su pronunciamiento sobre el Decreto Legislativo N° 900.

3.1.4.1.2 Medida cautelar en el proceso de amparo⁶⁶

En este caso el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el tercer y cuarto párrafo del texto original del artículo 15° del Código Procesal Constitucional, por medio del cual se estableció un procedimiento especial para el trámite de las medidas cautelares que tuvieran por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional. La demanda fue declarada infundada pues el Tribunal consideró que el Congreso de la República se encuentra facultado para establecer procedimientos diferentes para el trámite de las medidas cautelares, siempre que existan razones justificadas y que el procedimiento impugnado no resulte contrario al derecho a la igualdad o a la tutela procesal cautelar. Con esta decisión, el legislador se encuentra habilitado para establecer procedimientos diferentes para el pedido y concesión de medidas cautelares en materia de amparo.

⁶⁶ Sentencia 23-2005-PI/TC, publicada el 1 de diciembre del 2006 en El Peruano.

3.1.4.1.3 Amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones⁶⁷

En este caso el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Callao contra el artículo único de la Ley N° 28642, que modificó el artículo 5°, inciso 8°, del Código Procesal Constitucional respecto a la improcedencia de los procesos constitucionales contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. La demanda fue declarada fundada y en la sentencia respectiva el Tribunal ratificó su posición respecto a la interpretación del artículo 142° de la Constitución de 1993, en el sentido que la prohibición de la revisión judicial de las resoluciones del Jurado en materia electoral encuentra una excepción cuando a través de ellas se consideran afectados derechos fundamentales.

En la parte resolutive de la sentencia el Tribunal realizó algunas precisiones sobre la relación entre la facultad de toda persona de cuestionar una resolución del máximo órgano electoral que afecta sus derechos y el normal desarrollo de los procesos electorales. A fin de evitar que mediante un proceso de amparo se afecte el calendario electoral, estableció en el punto resolutive N° 2 inciso b) que “toda afectación de los derechos fundamentales en los que incurra el Jurado Nacional de Elecciones, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad, a la que hace referencia el artículo 176° de la Constitución⁶⁸, haya sido

⁶⁷ Sentencia 7-2007-PI/TC, publicada el 22 de junio del 2007 en El Peruano.

⁶⁸ El artículo 176° de la Constitución de 1993 señala: “El sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los

manifestada en la urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiere lugar, de conformidad con el artículo 1° del Código Procesal Constitucional”. Las responsabilidades a que hace referencia el Tribunal no quedan del todo claras, por cuanto el citado artículo 1° del Código hace mención a las de tipo penal de quien ha sido identificado como autor de un acto lesivo que ha devenido en irreparable o no se encuentra subsistente, pero tal responsabilidad no se verifica a través del proceso de amparo sino en un proceso penal.

Como consecuencia de esta sentencia, el tema de la improcedencia del amparo contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones encuentra su marco normativo en los artículos 142° y 181° de la Constitución de 1993, interpretados conforme a la jurisprudencia del Tribunal. Asimismo, es importante anotar que el legislador no ha vuelto a emitir una norma en sentido contrario a lo establecido por la jurisprudencia constitucional, aunque tampoco ha recogido las propuestas planteadas por el Tribunal en la sentencia 5854-2005-PA/TC, orientadas a regular el amparo electoral.

3.1.4.2 Jurisprudencia y precedentes vinculantes

3.1.4.2.1 Aspectos generales

La jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional no sólo se manifiesta cuando se expulsa una norma procesal del ordenamiento jurídico a través del proceso de inconstitucionalidad, sino también a través de las decisiones del

escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa. [...]”

Tribunal Constitucional mediante las cuales se interpreta o se llenan los vacíos de la legislación procesal constitucional.

Si bien las leyes tienen establecen el marco normativo a partir del cual las entidades estatales y funcionarios desarrollan sus actividades es imposible que puedan abarcar todos los supuestos de hecho que merecen ser regulados. Partiendo de reconocer el ámbito limitado de las leyes, los órganos jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de las mismas, razón por la cual tienen un importante papel que asumir cuando se presentan situaciones ante las cuales las leyes no ofrecen una respuesta sobre cómo se debe actuar o resolver determinada controversia jurídica de tipo procesal.

Este problema se aprecia también en la regulación de los procesos constitucionales, respecto al cual la legislación establece un marco normativo mínimo o esencial, sin que pueda abordar todos los temas relacionados con el desarrollo de estos procesos, por lo que necesariamente se requiere que los órganos jurisdiccionales, a través de su jurisprudencia y de forma progresiva, realicen las precisiones que sean necesarias en atención a las controversias que se presenten, a fin de que se cumplan los objetivos de los procesos constitucionales.

En teoría, la relación entre legislación y jurisprudencia debería ser pacífica y necesariamente concordante, pero es en la práctica y la realidad donde se presentan diversos problemas relacionados con la determinación de aquello que corresponde ser regulado a nivel normativo y el margen de acción de la jurisprudencia sobre este marco normativo:

[La] jurisprudencia desarrolla efectos ordenadores, racionalizadores y estabilizadores. Tiene mucho en común con la legislación. Sin embargo, le falta el elemento político de la legislación. El Derecho judicial no surge en el proceso de formación de la voluntad política; no puede, por ello, sustituir al Derecho surgido en el proceso legislativo democrático y no está democráticamente legitimado en la misma medida que el Derecho adoptado por el Parlamento. Los efectos racionalizadores y estabilizadores de la jurisprudencia apenas alcanzan a los de las leyes. La decisión judicial puede diferenciar más cuidadosamente, facilita la adaptación a problemáticas cambiantes y puede satisfacer con ello las exigencias, características del tiempo presente, de una justicia concreta y vinculada al caso, pero incluso una justicia consolidada no puede desarrollar los mismos efectos racionalizadores y estabilizadores que una regulación legal clara. (Hesse 2005: 158)

En esta sección del trabajo deseamos hacer mención a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano sobre la legislación procesal constitucional. De modo previo nos referiremos al fundamento empleado para sustentar la potestad del Tribunal para precisar los alcances de esta legislación y, en no pocas ocasiones, emitir pronunciamientos contrarios a su contenido: la autonomía procesal.

3.1.4.2 Autonomía procesal

La potestad de un órgano como el Tribunal Constitucional para precisar los alcances de la legislación procesal constitucional se ha sustentado en la teoría de la *autonomía procesal*, la cual presenta diversas variantes.

La primera, conocida como *teoría tradicional*, reconoce esta autonomía procesal al Tribunal Constitucional para que pueda determinar las reglas aplicables a los procesos constitucionales, respetando los principios procesales generales que se deriven de la

legislación, facultad que incluye, “aparte del desarrollo concreto de los preceptos jurídico-procesales contenidos expresamente en la Ley, el relleno de las lagunas, en primer lugar mediante la analogía con la regulación y la *praxis* de otros Tribunales y, no siendo esto posible, creando libremente en los procesos concretos reglas o principios para cada tipo de recurso” (Rodríguez Patrón 2001: 134). Sin embargo, antes de ser expresión de una autonomía, esta potestad del Tribunal sería la labor propia que corresponde realizar a todo órgano jurisdiccional cuando debe pronunciarse sobre aspectos procesales no previstos por el legislador.

Otra teoría sustenta la potestad del Tribunal Constitucional de configurar la legislación procesal en la *autonomía del Derecho Procesal Constitucional*. El punto de partida de esta teoría es reconocer esta disciplina como derecho procesal concretizado, más cercana al Derecho Constitucional que al Derecho Procesal, lo cual implica “tomar un cierto distanciamiento de las demás normas procesales” (Häberle 2004: 24), razón por la cual las instituciones procesales previstas legislativamente, así como las omisiones legislativas, deben ser analizadas por el Tribunal Constitucional tomando en consideración la finalidad de los procesos constitucionales, cual es la defensa de los derechos fundamentales y garantizar la supremacía normativa de la Constitución. En tales supuestos, los principios generales del derecho procesal ceden ante los fines constitucionales. Sin embargo, esta posición también ha sido objeto de críticas, al negarse la total desvinculación del Derecho Procesal Constitucional respecto del Derecho Procesal general, pues la autonomía puede implicar “la adscripción, por un lado, al Derecho Constitucional material y, por otro, a los principios procesales generales, porque sólo a través de ellos —y no de los otros ordenamientos procesales particulares— pueden rellenarse las lagunas” (Rodríguez Patrón 2001: 169). En este

sentido, se reconoce la autonomía del Derecho Procesal Constitucional respecto a otros ordenamientos procesales (civil, penal, etc.) pero no respecto a los principios generales del Derecho procesal.

En la práctica, los tribunales constitucionales han buscado dar respuesta a los problemas presentados por los vacíos o deficiencias de la legislación procesal, con diferentes grados de intensidad:

Los Tribunales constitucionales, a diferencia de los otros jueces, gozan en general de márgenes de discrecionalidad significativos según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales, que les permiten modificar la praxis anterior o derogar las normas procesales; pueden aprobar autónomamente normas integrativas o bien adoptar decisiones procesales.

Esta flexibilidad del proceso constitucional — que ha inducido a evidenciar su carácter necesariamente político — halla una justificación en la especificidad del juicio constitucional y en la diversidad de las funciones que éste persigue. (Rolla 2005: 271-291)

En similar sentido se ha señalado:

Esta forma de complementación se justifica en la presunción de que las lagunas normativas contenidas en las fuentes heterónomas han sido “concientemente” dejadas por el legislador para que los propios órganos de garantía puedan integrar su proceso en aquellas partes que se encuentran condicionadas directamente por la experiencia del caso concreto. Este perfeccionamiento jurídico autónomo permite, entre otras cosas, garantizar la plena funcionalidad de los órganos de garantía constitucional, a efecto de que allí donde exista una atribución, existan también las normas para su ejercicio efectivo; coadyuva además a deshacer el cordón umbilical que mantiene al proceso constitucional en estrecho vínculo con el resto de procesos jurisdiccionales y órdenes procesales, ubicándolo como una herramienta en favor de la autonomía y especificidad de la disciplina; y posibilita que sean los propios órganos de garantía constitucional los que desarrollen y perfilen los propios esquemas de organización y funcionamiento a los

que habrán de quedar conscientemente vinculados, cuestión que se reputa esencial para la salvaguarda de su independencia y para tener certidumbre en la regularidad de su funcionamiento. (Astudillo 2008: 79)

Por su parte, Landa precisa que la autonomía procesal de carácter normativa puede ser interna y externa, definiendo los alcances de esta última en un sentido bastante amplio:

La interna se expresa en el principio de la potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional, que no es otra cosa que la capacidad de autoregulación administrativa a través de su Reglamento, a fin de coadyuvar orgánica y funcionalmente a cumplir a cabalidad con los fines que la Constitución y el Código Procesal Constitucional ha dispuesto. [...] La autonomía normativa externa tiene como propósito regular la actividad de los operadores de justicia constitucional, reglamentar los procesos constitucionales ante los vacíos o deficiencia de la ley, los alcances del control constitucional y de la interpretación constitucional, en definitiva, normar *secundum legem* las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional adjetiva y sustantiva. (Landa 2011a: 24)

En el caso del Tribunal Constitucional peruano, éste ha interpretado los alcances de la legislación procesal constitucional, ha llenado los vacíos legislativos, así como ha establecido reglas procesales contrarias a la legislación (como admitir el amparo contra amparo cuando la ley lo prohíbe expresamente). En algunos de estos casos ha fundamentado de forma expresa su decisión en la autonomía procesal, siguiendo la doctrina de considerar el Derecho Procesal Constitucional como derecho constitucional concretizado. Respecto a este tema ha señalado⁶⁹:

[...] el derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución– debe ser interpretado e integrado atendiendo a la

⁶⁹ Sentencia 4903-2005-HC/TC, publicada el 14 de junio del 20006.

singularidad que éste presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado la ‘particularidad del proceso constitucional’. Significa ello que el derecho procesal constitucional ‘(...) implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales’. En este contexto, en consecuencia, el C.P.Const. tiene que ser entendido como un ‘derecho constitucional concretizado’. Esto es, al servicio de la ‘concretización’ de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada. Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermeneútica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme [a] una ‘interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales’, una *interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución* (...). Se trata, en definitiva, de una *interpretación teleológica* de la norma procesal constitucional orientada a la concretización y optimización de los mencionados principios constitucionales materiales. Desde esta perspectiva del Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado, cabe decir que la interpretación de las disposiciones del Código Procesal Constitucional debe tender siempre a la mayor optimización o realización no solo del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también de los derechos fundamentales [...]

La posición asumida por el Tribunal Constitucional respecto a la autonomía procesal continúa hasta el momento, pero sin ser aplicada de forma rigurosa sólo para situaciones en donde deban prevalecer los fines de los procesos constitucionales.

3.1.4.2.3 Jurisprudencia vinculante (“doctrina jurisprudencial”)

3.1.4.2.3.1 Aspectos generales

Cuando un órgano jurisdiccional resuelve de la misma forma casos similares se puede afirmar que ha desarrollado una jurisprudencia. A fin de garantizar el derecho a la

igualdad en la aplicación de la ley, esta jurisprudencia debe ser aplicada también en los similares casos posteriores que sean puestos a su conocimiento. En términos generales, esta situación no debe crear mayores problemas cuando se analiza el funcionamiento de un órgano jurisdiccional respecto a sus propias decisiones. El escenario se complica cuando existen diversos órganos jurisdiccionales con competencia sobre una misma materia y formas distintas de resolver controversias similares. Por ello, las máximas instancias jurisdiccionales de un país son reconocidas como las competentes para establecer criterios jurisprudenciales uniformes, que sean seguidos por las demás instancias jurisdiccionales, de modo tal que se garantice la igualdad en la aplicación de la ley, la seguridad jurídica y la predictibilidad de las resoluciones judiciales, lo cual debería propiciar una menor presentación de demandas sobre controversias respecto a las cuales se sabe con antelación cómo van a ser resueltas, especialmente si resultan improcedentes o infundadas.

De acuerdo con estas premisas, la jurisprudencia en materia constitucional emitida por las salas, cortes o tribunales constitucionales debe ser seguida por las demás instancias jurisdiccionales, en atención a su calidad de órganos especializados en administrar justicia en materia constitucional, que además constituyen la instancia final, suprema o máxima para la resolución de las controversias relacionadas con la protección de los derechos fundamentales y la interpretación de la Constitución. Sin embargo, ello no siempre ocurre, por diferentes circunstancias, razón por la cual se establecen normas orientadas a garantizar que ello ocurra.

En el caso peruano, se ha buscado fortalecer la observancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano mediante normas que obligan a los jueces a seguirla.

Como antecedentes se pueden señalar los siguientes artículos de la legislación procesal anterior al Código Procesal Constitucional:

- Ley N° 23506, artículo 9°: “Las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución”.
- Ley N° 25398. Artículo 5°.- “Las resoluciones recaídas en las acciones de garantía, tratándose del supuesto del artículo 3° de la Ley [23506], no derogan ni anulan las normas, sino que únicamente se limitan a declarar su no aplicación al caso concreto. Lo resuelto en definitiva en estos casos servirá como precedente para situaciones análogas”.
- Ley N° 25398. Artículo 8°.- “La facultad que tienen los jueces de apartarse de la jurisprudencia obligatoria al fallar nuevos casos en materia de acciones de garantía que establece el artículo 9° de la Ley [23506], los obliga necesaria e inexcusablemente a fundamentar las razones de hecho y de derecho que sustentan su pronunciamiento, bajo responsabilidad”.

Estas disposiciones no aludían a la jurisprudencia de un órgano jurisdiccional en particular, por lo que eran perfectamente aplicables para el caso de los lineamientos jurisprudenciales emitidos por las cortes superiores, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Será recién en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional de 1996 que se establecerá una norma específica respecto a la fuerza vinculante de las decisiones de este órgano constitucional, de acuerdo a la cual: “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Esta misma disposición ha sido reiterada en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en la Primera Disposición Final de la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ambas del año 2004. Pero, a fin de fortalecer la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal, el Código Procesal Constitucional (artículo VII del Título Preliminar) ha reconocido a este órgano la potestad de emitir precedentes vinculantes.

Más adelante explicaremos la relación entre el artículo VI y VII del Título Preliminar del Código. En esta sección nos interesa señalar que a través de su jurisprudencia vinculante y de observancia obligatoria, el Tribunal ha establecido importantes precisiones a la legislación procesal constitucional, así como reglas a ser observadas para el desarrollo de los procesos de tutela de derechos fundamentales.

3.1.4.2.3.2 Jurisprudencia vinculante sobre la legislación procesal constitucional

A continuación presentamos algunos lineamientos establecidos por el Tribunal Constitucional peruano que han adquirido la calidad de jurisprudencia vinculante, sea porque han sido reiterados de forma constante a través de varias decisiones uniformes o porque se ha invocado el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Estos lineamientos, conocidos como “doctrina jurisprudencial”, son los siguientes:

- *Amparo contra normas legales*: La Constitución de 1993 prohíbe el amparo contra normas legales (artículo 200° inciso 2°); sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado que esta prohibición no es absoluta y que sí cabe interponer una demanda de amparo directamente contra una norma legal, siempre y cuando se trate de una norma autoaplicativa. Si bien con antecedentes aislados, será a partir del año 2000 que el Tribunal Constitucional establecerá una línea jurisprudencial clara sobre esta materia.
- *Amparo contra resoluciones judiciales*: El Tribunal ha interpretado la expresión “proceso regular”, prevista en la Ley N° 23506 y luego en la Constitución de 1993, a fin de determinar que el amparo contra resoluciones judiciales sólo procede cuando éstas han sido emitidas sin respetarse las garantías del debido proceso. Si bien el Código Procesal Constitucional establece que el amparo contra resoluciones judiciales procede para la protección del derecho a la tutela procesal efectiva, mediante la sentencia 3179-2004-AA, caso Apolonia Ccolleca Ponce, publicada el 2

de octubre del 2006, el Tribunal ha señalado que el amparo procede para la protección de cualquier derecho fundamental que pueda verse perjudicado como consecuencia de una resolución judicial. De este modo, se ha pasado de lo que la doctrina califica como la *tesis permisiva restringida* a la *tesis permisiva amplia* en materia de amparo contra resoluciones judiciales.

- *Amparo contra amparo*: El Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de presentar una demanda de amparo contra amparo, que es una modalidad del amparo contra resoluciones judiciales. A pesar que el Código Procesal Constitucional del 2004 estableció una prohibición al respecto (artículo 5°, inciso 6°), esta línea jurisprudencial del Tribunal ha continuado e incluso ha sido calificada como precedente vinculante.
- *Amparo contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura*: La Constitución de 1993 establece en el artículo 142° que no procede la revisión judicial de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de magistrados. Desde finales del año 2002, mediante la sentencia 2409-2002-AA (caso Diodoro González Ríos), publicada el 10 de diciembre de aquel año, el Tribunal ha establecido como lineamiento jurisprudencial que este artículo de la Constitución debe ser entendido en el sentido que no prohíbe la presentación de una demanda de amparo contra una resolución del Consejo cuando a través de la misma se hayan afectado derechos fundamentales. Años después, el Código recogió la misma tendencia, en el artículo 5°, inciso 7°.

- *Amparo contra resoluciones arbitrales*: Este tema fue abordado en la legislación anterior al Código, por medio del cual se estableció que no procedía interponer una demanda de amparo contra lo resuelto en un laudo arbitral. El Código Procesal Constitucional, por su parte, no contempla disposición alguna sobre la materia. Si bien existen algunos antecedentes, será a partir del año 2006, mediante la sentencia 6167-2005-HC, caso Fernando Cantuarias Salaverry, publicada el 9 de marzo del 2006, que el Tribunal Constitucional desarrollará su jurisprudencia vinculante sobre la procedencia del amparo contra un laudo arbitral, estableciendo que antes de darse inicio al proceso constitucional, la persona afectada debe haberlo cuestionado en la vía judicial ordinaria correspondiente. Años después, a través de un precedente vinculante, dejará de lado esta línea jurisprudencial.
- *Reconversión de procesos constitucionales*: Mediante la sentencia 7873-2006-PC, caso Juan Tueros del Risco, publicada el 28 de agosto del 2007, el Tribunal ha establecido la posibilidad, sustentada en la autonomía procesal, de reconvertir un proceso constitucional en otro, para la adecuada protección de los derechos fundamentales. Con tal fin, ha establecido los criterios que deben ser verificados para que proceda la reconversión.
- *Recurso de agravio constitucional para resolver controversias sobre el cumplimiento de sentencias*: Mediante la resolución 168-2007-Q/TC, del 2 de octubre del 2007, el Tribunal estableció que tiene competencia para conocer los problemas que se presenten en el Poder Judicial respecto al cumplimiento de las sentencias estimatorias emitidas en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento. Para tal efecto, habilitó el empleo del recurso

de agravio constitucional previsto en el artículo 18° del Código Procesal Constitucional. Posteriormente precisó que este recurso también podía ser empleado para verificar el cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial (resolución 201-2007-Q/TC, publicada el 4 de diciembre del 2008).

- *Causal de improcedencia del amparo en materia laboral*: Por muchos años el Tribunal estableció la improcedencia de las demandas de amparo en materia laboral si se acreditaba que el demandante había cobrado sus beneficios sociales, en tanto entendía que esta conducta implicaba un consentimiento del acto lesivo invocado en la demanda. Mediante la sentencia 3052-2009-PA, emitida en el 2010 y calificada como precedente vinculante, cambió este criterio.
- *Cómputo del plazo para presentar una demanda de amparo contra resoluciones judiciales*: Mediante la resolución 252-2009-PA/TC, publicada el 27 de julio del 2010, el Tribunal Constitucional estableció una nueva lectura de los alcances del artículo 44° del Código Procesal Constitucional, respecto al plazo para presentar una demanda de amparo contra resoluciones judiciales. En este sentido ha señalado que “el demandante tiene la facultad de interponer la demanda de amparo desde que conoce de la resolución firme emitida en un proceso judicial que considera agravante de sus derechos constitucionales hasta treinta días después de notificada la resolución que ordena se cumpla lo decidido” (fundamento 9 de la resolución).
- *Recurso de agravio constitucional a favor del artículo 8° de la Constitución*. Mediante la sentencia 2663-2009-HC (caso Edwin Martínez Moreno), publicada el 17 de agosto del 2010, el Tribunal Constitucional habilitó el uso del recurso de

agravio constitucional contra las sentencias del Poder Judicial que declaren fundadas demandas de hábeas corpus a favor de personas procesadas por tráfico ilícito de drogas, al cual denominó “recurso de agravio excepcional por vulneración del orden constitucional”.

- *Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional:* Mediante la sentencia 4-2009-PA (caso Roberto Allcca), publicada el 15 de noviembre del 2010, se dispuso que esta sería la denominación del recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal, que se interpone directamente contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado. En este sentido, no corresponde impugnar la resolución del juez de ejecución ante una corte superior.

En consecuencia, a través de su jurisprudencia vinculante el Tribunal Constitucional ha desarrollado materias de suma importancia relacionadas con los procesos de tutela de derechos fundamentales, incluso desde antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional. Se trata de lineamientos jurisprudenciales claros en cuanto a sus alcances, aunque en su aplicación se han identificado diversos problemas. Respecto al amparo para la protección del derecho al medio ambiente no se ha establecido jurisprudencia vinculante sobre algún tema procesal específico.

3.1.4.2.4 Precedentes vinculantes

3.1.4.2.4.1 Aspectos generales

El reconocimiento del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución tiene como consecuencia directa el carácter vinculante de las decisiones en las que interpreta los alcances de las diferentes disposiciones del texto constitucional. Esta interpretación debe ser seguida y observada por todos los operadores jurídicos del país, en particular por los órganos jurisdiccionales del Estado. Sin embargo, en los hechos se han presentado situaciones en donde se demuestra que no siempre la jurisprudencia del Tribunal es seguida por algunos órganos jurisdiccionales, lo que ha dado lugar a la necesidad de establecer mecanismos que fortalezcan la fuerza vinculante de sus decisiones. Por este motivo, una de las novedades del Código Procesal Constitucional fue incorporar la institución del precedente vinculante en el ámbito de los procesos constitucionales. En este sentido, el artículo VII del Título Preliminar del Código señala:

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Desde un inicio, el uso por parte del Tribunal de su potestad de dictar precedentes vinculantes ha recibido muchas críticas, especialmente por parte de magistrados del Poder Judicial y abogados litigantes. Pero a favor del Tribunal se debe decir que intentó

en su momento superar los errores cometidos y darle el peso jurídico que corresponde a la institución del precedente vinculante. Así por ejemplo, buscó precisar en mejor medida qué extremo de su decisión debía ser considerada como precedente a la vez que desarrolló una importante jurisprudencia orientadora sobre los alcances de esta institución.

Desde la vigencia del Código, el citado artículo VII del Título Preliminar ha sido objeto de diversas interpretaciones, en parte porque no ha quedado en claro cuál era la intención real de incorporarlo y menos aún las características de la institución, más cercana al sistema jurídico anglosajón. Para Abad (2004: 44-45), la intención de incluir esta institución fue “establecer un mayor orden y seguridad jurídica para definir cuándo una decisión del Tribunal Constitucional se convierte en precedente de observancia obligatoria”, es decir, facilitar “su identificación y consecuente aplicación por parte de los justiciables, tal como ocurre en otros ordenamientos”.

Una discusión aparte ha sido establecer las diferencias entre el artículo VI del Título Preliminar del Código, que establece que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos conforme a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional; y el artículo VII del mismo Título, que reconoce al Tribunal la potestad de dictar precedentes vinculantes. Como punto de partida, debe mencionarse que el Tribunal y la doctrina han coincidido en denominar como “doctrina jurisprudencial” a las sentencias emitidas al amparo del citado artículo VI, para distinguirla –al menos por su nombre- de la institución del precedente. En cuanto al fondo de la distinción se ha señalado:

[...] a diferencia del precedente vinculante en el que se establece los efectos normativos de una sentencia que ha pasado en calidad de cosa juzgada constitucional al haber resuelto sobre el fondo un proceso constitucional, en la doctrina jurisprudencial se requiere una pluralidad de sentencias constitucionales orientadas en el mismo sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento. De otro lado, el sentido vinculante de dicha doctrina está dirigido específicamente a los jueces; es decir que no se configura un efecto normativo erga omnes, que la haría exigible a cualquier órgano o persona, sino que goza de efectos interpretativos específicamente para la judicatura ordinaria o especializada. (Landa 2009: 26).

De acuerdo con esta posición, asumida también por el Tribunal Constitucional, la doctrina jurisprudencial se distinguiría de los precedentes principalmente por el número de sentencias que se requiere para que sea considerada de una u otra forma, y por los sujetos a los cuales vincula. En este sentido, si bien ambas formas de jurisprudencia son vinculantes, la fuerza obligatoria de su observancia tiene diversos grados de intensidad.

3.1.4.2.4.2 Precedentes sobre la legislación procesal constitucional

A efectos del presente trabajo interesa señalar que el Tribunal Constitucional ha acudido a la institución de los precedentes vinculantes para precisar importantes aspectos relacionados con la legislación procesal constitucional. A continuación haremos una breve referencia a estos casos, siguiendo un orden cronológico:

- *Aplicación en el tiempo de las normas del Código Procesal Constitucional* (Sentencia 3371-2004-HC, caso Miguel Sánchez Calderón, publicada el 2 de febrero del 2005): En esta decisión el Tribunal se refirió a los alcances de la Segunda

Disposición Final del Código, que dispone que sus normas “son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”. De acuerdo con el Tribunal, si bien de la citada disposición se puede interpretar que un proceso constitucional en curso puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello “solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto”.

- *Proceso de amparo entre entidades estatales* (Sentencia 1150-2004-PC, caso Banco de la Nación contra Essalud, publicada el 3 de mayo del 2005): En esta decisión el Tribunal se pronunció sobre una norma de la legislación procesal anterior al Código (el artículo 6º, inciso 4º, de la Ley N° 23506) a fin de señalar que sí procede que una entidad estatal presente una demanda de amparo contra otra entidad estatal “en caso de que la actividad de la demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de sus funciones”.

- *Hábeas corpus por afectación del debido proceso* (Sentencia 2496-2005-HC, caso Eva Valencia Gutiérrez, publicada el 3 de junio del 2005): En esta decisión el Tribunal señaló que el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, siendo necesario que exista de forma concreta una restricción al derecho a la libertad física. Como el mismo Tribunal lo reconoce, este era un aspecto que ya había sido establecido de forma reiterada en su

jurisprudencia; en este sentido, consideramos que no resultaba necesario establecerlo como un precedente vinculante.

- *Vía previa en el proceso de amparo* (Sentencia 2302-2003-AA, caso Inversiones Dreams S.A., publicada el 30 de junio del 2005): En esta decisión el Tribunal realizó un cambio de jurisprudencia sobre la exigibilidad del agotamiento de la vía previa respecto a normas reglamentarias. En este sentido, señaló como precedentes vinculantes lo siguiente: a) cuando se cuestionen actos concretos de aplicación de una norma reglamentaria –Decreto Supremo– directamente contraría a la Ley e indirectamente contraria a la Constitución, será necesario el agotamiento de la vía previa; b) la excepción a esta regla serán los casos de afectaciones por normas autoaplicativas, en cuyo caso, el juez constitucional deberá fundamentar las razones de tal calificación. En el caso concreto, la norma reglamentaria que originó la controversia estaba relacionada con el impuesto a los juegos de azar y apuestas (Decreto Supremo N° 158-99-EF).

- *Amparo para la protección de derechos previsionales* (Sentencia 1417-2005-PA, caso Manuel Anicama Hernández, publicada el 12 de julio del 2005): En esta decisión el Tribunal determinó los casos en que procede presentar una demanda de amparo para la protección de derechos previsionales, en aplicación del artículo 5°, inciso 1°, del Código Procesal Constitucional, que dispone que no proceden las demandas de amparo cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Asimismo, estableció reglas respecto a la aplicación de este precedente para los procesos de amparo en trámite.

- *Características del mandato que debe contener una norma legal o acto administrativo para que proceda una demanda de cumplimiento* (Sentencia 168-2005-PC, caso Maximiliano Villanueva Valverde, publicada el 3 de octubre del 2005): En esta decisión el Tribunal estableció que para que proceda una demanda de cumplimiento, el mandato cuyo cumplimiento se exige debe ser cierto, claro, vigente, no estar sujeto a condiciones, entre otras características. Estableció, asimismo, reglas respecto a la aplicación de este precedente para los procesos de cumplimiento en trámite.
- *Amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones* (Sentencia 5854-2005-PA, caso Pedro Lizana Puelles, publicado el 8 de noviembre del 2005): En esta decisión el Tribunal interpretó los artículos 142° y 181° de la Constitución, que prohíben la revisión judicial de resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, a fin de señalar que esta prohibición no se aplica para el caso de los procesos de amparo que se presenten con la finalidad de proteger derechos fundamentales.
- *Amparos sobre autorización de funcionamiento de locales comerciales* (Sentencia 2802-2005-PA, caso Julia Benavides García, publicada el 13 de diciembre del 2005): En esta decisión el Tribunal estableció reglas aplicables a las demandas de amparo presentadas por locales comerciales sin autorización municipal y sobre la obtención y denegatoria de autorizaciones municipales para su funcionamiento. De otro lado, determinó la procedencia del amparo para proteger la libertad de empresa y del trabajo con relación a estos temas.

- *Amparo para la protección de derechos laborales* (Sentencia 2006-2005-PC, caso César Baylón Flores, publicada el 14 de diciembre del 2005): En esta decisión el Tribunal determinó los casos en que procede presentar una demanda de amparo para la protección de derechos laborales, en aplicación del artículo 5°, inciso 2°, del Código Procesal Constitucional, que dispone que no proceden las demandas de amparo cuando existan otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de estos derechos. En este sentido, estableció la relación entre el proceso de amparo y el proceso contencioso-administrativo y el proceso laboral ordinario. Asimismo, precisó reglas respecto a la aplicación de este precedente para los procesos de amparo en trámite.
- *Supuestos en que procede el recurso de agravio constitucional* (Sentencia 2877-2005-PA caso Luis Lagomarcino Ramírez, publicada el 11 de julio del 2006): En esta decisión el Tribunal precisó los supuestos en que corresponde interponer el citado recurso, a efectos de que una resolución emitida por el Poder Judicial sea elevada al Tribunal Constitucional. Será la primera sentencia del Tribunal relacionada con la interpretación de la competencia asignada por el artículo 202°, inciso 2°, para conocer procesos de tutela de derechos fundamentales.
- *Supuestos para emitir un precedente vinculante* (Sentencia 3741-2004-AA, caso Ramón Salazar Yarlenque, publicada el 11 de octubre del 2006): En esta decisión el Tribunal precisó los casos en que puede emplear la facultad reconocida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Se trata de un

caso singular por cuanto el destinatario del precedente es el mismo Tribunal Constitucional, es decir, se configura como un *autoprecedente*.

- *Amparo contra amparo y recurso de agravio a favor del precedente* (Sentencia 4853-2004-PA (caso Dirección General de Pesquería de La Libertad, publicada el 22 de mayo del 2005): En esta decisión el Tribunal ratificó la posibilidad de presentar una demanda de amparo contra amparo –a pesar que el artículo 5° inciso 6° del Código Procesal Constitucional lo prohíbe- y precisa los supuestos a ser observados para tal efecto. De otro lado, estableció la procedencia del recurso de agravio constitucional contra una sentencia estimatoria del Poder Judicial, en el supuesto que se haya desconocido el alcance de un precedente vinculante. Este último precedente sería posteriormente revocado mediante la sentencia 3908-2007-PA, caso Provías Nacional, publicada el 8 de enero del 2009.

- *Reglas procesales respecto al amparo sobre temas previsionales* (Sentencia 10087-2005-PA, caso Alipio Landa Herrera, publicada el 31 de diciembre del 2007): En esta decisión se estableció la inversión de la carga de la prueba en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790, la improcedencia de la excepción de arbitraje o convenio arbitral para impedir la interposición de una demanda de amparo respecto a los derechos previsionales reconocidos en la misma ley, y diversas reglas aplicables a todos los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 9-97-SA.

- *Reglas procesales respecto al amparo sobre temas previsionales* (Sentencia 4762-2007-PA, caso Alejandro Tarazona Valverde, publicada el 10 de octubre del 2008): En esta decisión nuevamente el Tribunal estableció reglas sobre el amparo en materia previsional, esta vez relacionadas con los medios probatorios de acreditación de aportaciones, la responsabilidad de la Oficina de Normalización Previsional de presentar durante el proceso el expediente administrativo en materia previsional, entre otros aspectos.

- *Reglas procesales respecto al amparo sobre temas previsionales* (Sentencia 5430-2006-PA, caso Alfredo De la Cruz Curasma, publicada el 10 de octubre del 2008): En esta decisión el Tribunal Constitucional abordó nuevamente temas procesales sobre la materia. De modo particular es importante señalar que se precisan los precedentes vinculantes contenidos en los fundamentos N° 15.d de la sentencia 2877-2005-PA (caso Sánchez-Lagomarcino Ramírez) y N° 37.g) de la sentencia 1417-2005-PA (caso Manuel Anicama Hernández).

- *Amparo contra resoluciones judiciales que inaplican normas que prohíben la importación de autos usados* (Sentencia 5961-2009-PA, caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C., publicada el 18 de junio del 2010 y 1-2010-CC, caso Poder Ejecutivo, publicada el 12 de agosto del 2010): En estas decisiones el Tribunal estableció reglas relacionadas con las sentencias emitidas por el Poder Judicial que disponen la inaplicación de normas que el Tribunal ha establecido como compatibles con la Constitución. En este sentido, autorizó su impugnación a través del amparo. El caso se relaciona indirectamente con la protección del derecho al

medio ambiente, en tanto las normas que prohíben la importación de autos usados se sustentan -en parte- en la necesidad de proteger este derecho.

- *Amparo contra amparo en material laboral* (Sentencia 4650-2007-PA, caso Cooperativa de Sub-oficiales, publicada el 30 de junio del 2010): En esta decisión el Tribunal estableció que para que proceda una demanda de amparo contra la sentencia emitida en otro proceso de amparo en donde se decidió la reincorporación de un trabajador en su centro laboral, el juez que conoce el segundo amparo debe verificar, antes de admitir la demanda, que se ha dado cumplimiento a lo ordenado en la sentencia del primer amparo.
- *Modificación de causal de improcedencia del amparo en materia laboral* (Sentencia 3052-2009-PA, caso Yolanda Lara Garay, publicada el 23 de agosto del 2010): En esta decisión el Tribunal estableció un cambio en su línea jurisprudencial sobre las causales de improcedencia en los amparos sobre temas laborales. Durante muchos años el Tribunal había establecido como línea jurisprudencial la improcedencia de las demandas de amparo en materia laboral si se acreditaba que el demandante había cobrado sus beneficios sociales, en tanto entendía que con esta conducta se había producido un consentimiento del acto lesivo. En la sentencia 3052-2009-PA cambió este criterio y señaló que el cobro de los beneficios sociales por parte del trabajador no puede ser entendido como un consentimiento de la afectación de sus derechos.
- *Amparo contra laudos arbitrales* (Sentencia 142-2011-PA/TC, caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia, publicada el 26 de setiembre del 2011): En esta decisión el Tribunal estableció un cambio de su jurisprudencia

respecto a la procedencia del amparo contra laudos arbitrales. Luego de haberla admitido, en este precedente señala que conforme a la nueva legislación sobre el arbitraje, prevista en el Decreto Legislativo N° 1071, existe una vía específica, igualmente satisfactoria que el amparo, para la protección de los derechos que pudiesen ser afectados por un laudo arbitral, conforme a lo establecido en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. En este sentido, determina la improcedencia de las demandas de amparo contra laudos arbitrales, salvo en tres circunstancias: i) cuando el laudo arbitral desconoce los precedentes vinculantes del Tribunal, ii) cuando el amparo es interpuesto por un tercero afectado en sus derechos y que no forma parte del convenio arbitral, y iii) cuando en el laudo arbitral se ha ejercido el control difuso de una norma declarada constitucional por el Tribunal o el Poder Judicial.

Como se aprecia, los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional han desarrollado diferentes aspectos relacionados con los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, especialmente en temas como el amparo para la defensa de derechos laborales y previsionales, y la competencia del Tribunal para conocer las resoluciones del Poder Judicial sobre procesos constitucionales. Respecto al amparo para la protección del derecho al medio ambiente no se han establecido precedentes vinculantes específicos de índole procesal.

3.2 Presupuestos procesales

En todo proceso existen dos etapas bien diferenciadas. En la primera el juez analiza si se cumplen los presupuestos procesales exigidos por la legislación para que pueda iniciarse

un determinado proceso, lo cual es conocido como el *juicio de procedibilidad*. Sólo si estos presupuestos se cumplen corresponde pasar a la siguiente etapa, conocida como el *juicio de fondo*, en el cual se analiza la controversia puesta a conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

Los presupuestos procesales se relacionan con diversos aspectos, como la interposición de la demanda por la persona legitimada para ello, que la misma se haya presentado dentro del plazo previsto legalmente y ante la instancia competente, entre otros aspectos. Si no se cumplen tales presupuestos la demanda debe ser declarada improcedente, sin que pueda emitirse un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia:

La procedencia —y su concepto negativo correlativo: la improcedencia— de la acción procesal se relaciona con la idoneidad de la misma para lograr su objeto, es decir instar un proceso adecuado para resolver la pretensión del actor. Esta falta de idoneidad depende de la existencia de ese elemento del derecho de acción, pero además puede relacionarse indirectamente con la existencia de otro (sujetos y causas), de modo que ante la falta de uno de los elementos de la acción procesal, se considera que ésta no existe y, por supuesto, tampoco el derecho de instar la actividad de los órganos jurisdiccionales que es su contenido. (Sánchez Gil 2005: 235)

Para facilitar la labor jurisdiccional, la legislación procesal contempla diversos artículos relacionados con los supuestos de improcedencia de la demanda. En el Perú el Código Procesal Constitucional contiene una disposición general, artículo 5°, aplicable a todos los procesos de tutela de derechos fundamentales. Sin embargo, las causales de improcedencia no se agotan en este artículo, pues algunas se derivan de la Constitución, otros artículos del Código y la propia jurisprudencia constitucional. Esta última en particular ha sido muy importante para ir delimitando los supuestos en los que cabe

declarar improcedente una demanda de tutela de derechos fundamentales. Los precedentes más conocidos del Tribunal Constitucional, como los casos Anicama, Baylón y Villanueva Valverde, han ido en esta línea⁷⁰.

La verificación de los presupuestos procesales en los procesos de tutela de derechos fundamentales (hábeas corpus, amparo y hábeas data) puede ser sintetizada en los siguientes pasos: a) analizar si la controversia gira en torno a la protección de un derecho fundamental, b) analizar si el acto lesivo del derecho invocado cumple determinadas características y requisitos, y, c) analizar si existe alguna causal de improcedencia específica. A continuación evaluaremos cada uno de estos presupuestos, presentando sus aspectos teóricos generales, que serán de utilidad más adelante para el análisis de los casos resueltos por el Tribunal Constitucional en materia de protección del derecho al medio ambiente. Además, la explicación de estos temas permitirá evaluar problemas concretos relacionados con la efectividad del amparo como mecanismo de protección de los derechos fundamentales en general.

De forma previa al desarrollo de estos temas, consideramos importante señalar que en los procesos de tutela de derechos fundamentales, la evaluación del *juicio de procedibilidad*, en particular los presupuestos referidos a la existencia de una controversia relacionada con estos derechos y a un acto lesivo de los mismos, exigen para su análisis el adecuado manejo de categorías jurídicas propias del Derecho Constitucional, lo cual confirma que en el caso del Derecho Procesal Constitucional, el estudio de sus instituciones procesales no pueden prescindir del conocimiento de

⁷⁰ Los dos primeros están relacionados con la precisión de las causales de improcedencia contempladas en los incisos 1º y 2º del artículo 5º del Código Procesal Constitucional. El tercero ha precisado las características del mandato que debe estar contenido en una norma legal o un acto administrativo para que proceda la demanda de cumplimiento.

conceptos de carácter sustantivo. Por eso, el primer capítulo de esta investigación estuvo dedicado al estudio del derecho fundamental al medio ambiente, cuyo contenido constitucional y la interpretación del mismo resulta necesaria para evaluar los mecanismos procesales previstos para su protección en sede judicial.

3.2.1 Identificación de un derecho fundamental amenazado o vulnerado

El primer presupuesto que tiene que ser verificado por toda autoridad jurisdiccional en un proceso de tutela de derechos fundamentales es si el derecho invocado en la demanda que da inicio a un proceso constitucional es un derecho fundamental. Además, tiene que evaluarse si el acto lesivo invocado es contrario a su contenido constitucionalmente protegido. En caso afirmativo, debe evaluar si ese derecho corresponde ser tutelado a través del proceso al cual se ha dado inicio. De no cumplirse alguno de estos supuestos, la demanda debe declararse improcedente.

En esta sección se realiza una explicación de estos temas, en la perspectiva de demostrar la importancia de delimitar adecuadamente el ámbito de protección de los derechos tutelados por el amparo, lo que permitirá una posterior evaluación de la aplicación de las causales de improcedencia respecto al derecho fundamental al medio ambiente.

3.2.1.1 Derechos protegidos por el proceso de amparo

La determinación de los derechos protegidos por el proceso de amparo depende del ordenamiento jurídico de cada país. Si el amparo coexiste con otros procesos constitucionales, protege los derechos no protegidos por esos otros procesos. Si es el

único proceso constitucional, se suele establecer reglas específicas para la protección de determinados derechos, como por ejemplo la libertad física (amparo de la libertad).

La tendencia general es aceptar que el amparo protege derechos fundamentales, aunque en algunos países también ha sido previsto para la protección de derechos que no son fundamentales o que sólo tienen reconocimiento legal. Para el análisis de este tema consideramos apropiado realizar la siguiente clasificación respecto a los derechos protegidos por el amparo:

- Protección de derechos reconocidos en la Constitución,
- Protección de derechos no reconocidos de modo expreso en la Constitución.
- Protección de derechos reconocidos en las normas internacionales sobre derechos humanos.
- Protección de derechos de origen o desarrollo legal.

Sobre cada una de las opciones señaladas presentamos a continuación una breve descripción, antes de lo cual es importante señalar que el análisis de este tema por parte de los operadores jurídicos requiere el conocimiento previo de nociones básicas relacionadas con los derechos fundamentales, en particular su definición y los procesos evolutivos por los que ha atravesado. No es objetivo de la presente sección de este trabajo desarrollar estos temas sino remarcar la importancia de su conocimiento para el análisis de este presupuesto procesal.

3.2.1.1.1 Protección de derechos reconocidos en la Constitución

El proceso de amparo es un mecanismo de protección jurisdiccional de los derechos reconocidos constitucionalmente. Quedan excluidos de su ámbito de tutela, en primer lugar, los derechos que pueden ser protegidos por otro proceso constitucional. Esto ocurre, por ejemplo, con la libertad personal, garantizada a través del proceso de hábeas corpus, o la autodeterminación informativa, protegida por el hábeas data. Dejando de lado los derechos protegidos por otras vías, el proceso de amparo ha sido previsto en algunos países para la protección de todos los demás derechos constitucionales o sólo algunos de ellos.

3.2.1.1.1.1 Protección de todos los derechos reconocidos en la Constitución

Esta opción ha sido asumida, por ejemplo, en las constituciones de Bolivia (Constitución del 2009, artículo 128), Ecuador (Constitución del 2008, artículo 88) y Perú (Constitución de 1993, artículo 200, inciso 2). En estos países, para iniciar un proceso de amparo sólo se debe precisar ante las autoridades jurisdiccionales cuál es el derecho reconocido en la Constitución que se encuentra amenazado o vulnerado. En estos casos, corresponde al juez brindar una respuesta al caso planteado, sin hacer mayor razonamiento sobre si el derecho reconocido en el texto constitucional puede o no ser objeto de protección a través de este proceso, puesto que en estos casos el mandato constitucional no requiere interpretación alguna.

[...] es siempre el tribunal el que ha de considerar la indudable y manifiesta existencia de un derecho constitucional violado en los casos de amparo. Por ello [...] la calificación de [derecho] líquido, cierto, incontestable, indudable, manifiesto o cualquier otra, no puede servir más que de índice, para que no haya duda sobre el derecho constitucional amparado.

El juez, al hacer lugar a la acción de amparo, debe tener la certeza absoluta de que es un derecho constitucionalizado, el que está garantizando con la acción. Lo contrario no sería admisible dentro del margen limitado de esta garantía sumarísima. (Lazzarini 1967: 260)

Para tener una idea del alcance del proceso de amparo en los países de la región que han asumido esta opción se hace necesario examinar el contenido de sus textos constitucionales. Esto conducirá, en la mayoría de casos, a una extensa lista de derechos.

En el Perú, el proceso de amparo ha sido previsto para la protección de todos los derechos reconocidos en la Constitución, conforme lo dispone su artículo 200° inciso 2°. Sólo quedan fuera de su ámbito de protección los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus (libertad física, derechos conexos y otros mencionados en el artículo 25° del Código Procesal Constitucional) y el proceso de hábeas data (acceso a la información pública y autodeterminación informativa). En cuanto a los derechos que con mayor frecuencia son invocados a través del amparo se puede mencionar los de índole previsional y laboral, así como las garantías del debido proceso.

3.2.1.1.1.2 Protección de algunos derechos reconocidos en la Constitución

En algunos países, el proceso de amparo ha sido establecido para la protección de algunos derechos fundamentales, situación que se presenta en Chile, España y Colombia; pero mientras en los dos primeros se establece a nivel constitucional una lista taxativa de los derechos que protege el amparo, en el segundo la interpretación de las normas constitucionales por parte de la jurisprudencia ha permitido ampliar de forma progresiva el ámbito de protección de este proceso.

En Chile, el recurso de protección (denominación que recibe el proceso de amparo) ha sido previsto únicamente para proteger los derechos señalados de forma taxativa en el artículo 20° de la Constitución, principalmente derechos civiles y políticos reconocidos en el artículo 19°. El texto del citado artículo 20° es el siguiente:

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

El último párrafo de este artículo fue incorporado mediante las reformas constitucionales del año 2005, a fin de incluir el derecho al medio ambiente, reconocido en el mencionado artículo 19, numeral 8, como uno de los derechos protegidos a través del recurso de protección, que en estricto sólo protege algunos derechos fundamentales:

La vulneración, perturbación o amenaza directa e inminente debe referirse a uno de los derechos asegurados en el artículo 20° de la Constitución, aun cuando la delimitación de ellos queda concretada por el bloque de constitucional de derechos, debiendo considerarse los atributos del respectivo derecho asegurado por el derecho convencional internacional de los derechos humanos, ratificado por Chile y aún vigente. Tal perspectiva permite proteger algunas dimensiones de derechos asegurados, constitucionalmente, cuyos atributos no están delimitados por la Constitución. Así, en virtud de acciones de protección aludiendo al derecho al respeto a la vida privada o al derecho de propiedad incorporal, se ha protegido el derecho a la propia imagen, el cual no está expresamente asegurado en el artículo 19 de la Constitución, ni garantizado mediante la acción de protección en el artículo 20 de la misma, o en virtud del derecho de propiedad incorporal, se ha obtenido el aseguramiento del derecho a la protección de los contratos de salud, en la medida en que las prestaciones de salud debidas por las instituciones de salud se consideran incorporados al patrimonio de la persona, ya que el derecho a la protección de la salud no está protegido directamente por el recurso de protección, para solo citar un par de ejemplos. (Nogueira 2011: 118-119)

Si bien la jurisprudencia ha extendido los alcances de este proceso a otros derechos no mencionados de manera expresa en el artículo 20° de la Constitución, principalmente por su conexión con el derecho de propiedad (Nogueira 1997: 565), esto no ha logrado solucionar la omisión constitucional con relación a los demás derechos. Algunos estudios efectuados han permitido comprobar que en la práctica, a través del recurso de protección no se realiza una labor de interpretación constitucional sobre los derechos cuya tutela se solicita. Los jueces, en general, sólo toman nota de que el acto impugnado

sea arbitrario o ilegal para acoger el recurso, situación que ha dado lugar a que este proceso se convierta en un mecanismo para la resolución de asuntos relacionados con el derecho contractual y comercial, así como una vía para el control de la legalidad de los actos de la administración (Correa, Peña y Vargas 1999: 22-23).

En España, el marco constitucional sobre el ámbito de protección del proceso de amparo señala que éste sólo puede ser empleado para la tutela de determinados derechos (artículo 53.2). En este sentido, el amparo ha sido previsto únicamente para la protección de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14, la sección 1ª del Capítulo 2 y el artículo 30.2 de la Constitución Política, referidos a la igualdad ante la ley, los derechos civiles y políticos y algunos de índole social, y la objeción de conciencia, respetivamente. Al respecto se ha señalado:

[...] por la vía del recurso de amparo tan sólo puede solicitarse la reposición o restablecimiento de los derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución, lo que no significa que no pueda invocarse cualquier otro precepto fundamental vulnerado, pero en tal caso [...] si se trata de derechos constitucionales distintos a los previstos en los artículos 14 a 30.2 de la [Constitución], habrán de conectarse de alguna manera con alguno de los referidos derechos protegibles en amparo. Así, por ejemplo, la vulneración del derecho de propiedad, para ser invocada en un recurso de amparo, habrá de haber producido también una discriminación del principio de igualdad (artículo 14) o una clara omisión del derecho de defensa (artículo 24); la violación de los principios de unidad, monopolio y exclusividad de la jurisdicción (por ejemplo una extralimitación de la jurisdicción militar o eclesiástica, artículo 117 de la CE) o la creación de un tribunal de excepción habría que relacionarla con el derecho al juez legal del artículo 24.2 de la CE, una exoneración injustificada del beneficio de la pobreza (artículo 118 de la CE) habría que relacionarla con el derecho de acción del artículo 24.1 de la CE [...]. (Gimeno Sendra 2008: 284-285)

En Colombia, el artículo 86° de la Constitución de 1991 señala que la acción de tutela (denominación que recibe el proceso de amparo) protege los “derechos constitucionales fundamentales”. Esto significa que el proceso de amparo sólo protege los derechos reconocidos en la Constitución que además sean considerados o identificados como fundamentales. Para definir cuáles son estos derechos se han establecido importantes criterios de interpretación. En primer lugar se debe observar que el Título II de la Constitución colombiana se denomina “De los derechos, las garantías y los deberes” y se encuentra integrado por los siguientes capítulos:

- Capítulo 1: De los derechos fundamentales (artículos 11° al 41°).
- Capítulo 2: De los derechos sociales, económicos y culturales (artículos 42° al 77°).
- Capítulo 3: De los derechos colectivos y del ambiente (artículos 78° al 82°).
- Capítulo 4: De la protección y aplicación de los derechos (artículos 83° al 94°)⁷¹.

En atención a una interpretación literal, el primer grupo de derechos susceptibles de ser protegidos a través de la acción de tutela en Colombia son todos aquellos incluidos en el Capítulo 1, denominado “De los derechos fundamentales”. Sin embargo, la expresión *derechos fundamentales* es empleada también en otros artículos de la Constitución, como por ejemplo, el artículo 44°, en el que se establece que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”. En estos casos también sería posible acudir a la acción de tutela (amparo) para su protección.

⁷¹ Existe un capítulo adicional (Capítulo 5), pero dedicado a los deberes de las personas y los ciudadanos (Artículo 95).

Desde esta perspectiva, el proceso de tutela sólo protegería los derechos incorporados en el Capítulo I del Título II de la Constitución, que se agrupan bajo el título De los Derechos Fundamentales; así como los derechos calificados de modo expreso por la Constitución como fundamentales. Sin embargo, al interpretar los alcances de la protección que puede brindar este proceso, la Corte Constitucional de Colombia –desde sus primeras decisiones- ha señalado que asumir únicamente estos criterios implicaría desvirtuar “el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el Constituyente de 1991”⁷². En este sentido, los jueces que conozcan del proceso de tutela deben interpretar los alcances de la Constitución para identificar los derechos objeto de protección a través de esta institución. Sobre esta labor de hermenéutica jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que en tales casos los jueces se encuentran ante lo que la doctrina denomina un concepto jurídico indeterminado, cuyo sentido se define bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por lo que “el Juez de Tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una “especial labor de búsqueda”, científica y razonada por parte del Juez”⁷³.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha tenido un papel importante en el desarrollo de esta tarea. A través de sus decisiones, ha precisado los criterios que permiten identificar los derechos de la persona reconocidos en la Constitución que pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela. En este sentido, ha señalado que para considerar un derecho como fundamental, éste debe reunir tres

⁷² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-002/92, del 8 de mayo de 1992.

⁷³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-002/92, del 8 de mayo de 1992.

requisitos esenciales: la conexión directa con los principios constitucionales, la eficacia directa y el contenido esencial. Como complemento, existen criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, en consecuencia, permiten su identificación como tal. Estos requisitos se dividen en analíticos y fácticos.

Sobre el contenido los requisitos esenciales, la Corte Constitucional ha señalado⁷⁴:

- *Conexión directa con los principios constitucionales*: Alude a que “(...) los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. [...] Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con éstos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio”.
- *Eficacia directa*: De acuerdo con la Corte, “para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesaria una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del solo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una “textura abierta”, como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales”.

⁷⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-406/92, del 5 de junio de 1992.

- *Contenido esencial:* Al respecto se ha señalado que “existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. [...] Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental”.

En cuanto a los criterios analíticos que permiten la identificación de un derecho como fundamental, la Corte Constitucional ha señalado⁷⁵:

- *Consagración expresa:* Respecto a algunos derechos, “el constituyente señaló en forma expresa su voluntad de consagrarlos como fundamentales. Es el caso de los derechos establecidos en el capítulo primero del título segundo de la Constitución e igualmente del artículo 44º sobre los derechos de los niños”.
- *Remisión expresa:* En algunos casos, como los derechos humanos y la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, “el constituyente ha estimado conveniente remitirse a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, para reconocer su prevalencia en el orden interno, no sólo en cuanto a su texto mismo

⁷⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-406/92, del 5 de junio de 1992.

sino como pauta concreta para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución de 1991 (artículo 93°)”.

- *Conexión directa con derechos expresamente consagrados*: Si bien algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales, “su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección”.
- *Carácter de derecho inherente a la persona*: En algunos supuestos, “la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita”.

En esta misma decisión, respecto a los criterios fácticos, la Corte Constitucional ha establecido como línea jurisprudencial lo siguiente:

- *Importancia del hecho*: Los jueces cuentan “con el texto constitucional, con el catálogo de valores que se desprende de los principios constitucionales y que alimenta todo el saber del constitucionalismo occidental y de la doctrina sobre el Estado social de derecho”, así como con “una realidad social colmada de dificultades económicas, atropellos y violaciones a los derechos humanos y con unas instituciones venidas a menos en su capacidad reguladora”. A partir de estos dos elementos, normas y hechos, el juez constitucional “debe ir construyendo una

interpretación razonable de la carta de derechos; esto quiere decir que el resultado final de la interpretación debe tener en cuenta las dificultades estructurales de la realidad económica colombiana [...]”. Sobre la base de estas premisas, “en aquellas situaciones en las cuales la norma constitucional se encuentra en franca contradicción con hechos generalizados e irremediables en un futuro próximo por la falta de recursos económicos como por ejemplo la mortalidad infantil por carencia de agua potable- el juez, sin desconocer los mandatos constitucionales [...] debe apreciar los límites impuestos por las posibilidades económicas, de tal manera que su decisión no se convierta en un bendición al “statu quo”, pero tampoco en una orden que imponga un cambio imposible de llevar a la práctica sin cambiar las reglas estructurales de la economía. En este punto adquieren especial significación todos los desarrollos contemporáneos alrededor de la idea del juez como instrumento de paz social y como pieza central de un orden democrático basado en el consenso”.

- *Carácter histórico:* El reconocimiento de determinados derechos como fundamentales posee un carácter histórico, de lo cual se derivan dos consecuencias: “a) No todos los derechos fundamentales lo han sido en todos los tiempos y algunos de ellos bien han podido tener este carácter en forma transitoria y luego perderla, todo ello de acuerdo con la evolución de la sociedad civil, y b) La entidad de fundamental de un derecho se encuentra ligada al estado de la representación colectiva sobre el tema. Vale decir, la visión que la sociedad tiene de dichos derechos”.

Este análisis de la Corte Constitucional ha permitido a la judicatura colombiana incrementar el catálogo de derechos que pueden ser protegidos a través de la acción de tutela. Así por ejemplo, los derechos económicos y sociales son protegidos mediante este proceso cuando presentan una relación de conexidad con los derechos fundamentales o están vinculados con un valor o principio esencial establecido en la Constitución, como por ejemplo, la dignidad humana. Esto ha ocurrido, por citar un ejemplo, con el derecho a la salud, que ha gozado de la protección de la tutela cuando, entre otros casos, la desatención a un enfermo amenaza con poner en peligro el derecho a la vida⁷⁶. A esta expansión de la protección de los derechos sociales ha contribuido, de forma decisiva, el derecho internacional de los derechos humanos:

Por fortuna, un nuevo elemento habría de irrumpir en el escenario jurisprudencial, el cual atemperaría el imposable papel voluntariamente asumido por la Corte Constitucional en la materia. Se trata de la vigorosa incursión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el contexto judicial, el cual da cuenta de un propósito encaminado a lograr una reivindicación universal del ser humano que desborda las otrora infranqueables fronteras soberanas de los Estados –y, por supuesto, la pasividad de la Rama judicial– sobre temas que guardan un innegable vínculo con graves hechos sociales que en el mundo contemporáneo no pueden ser legítimamente desconocidos, tales como la pauperización de las sociedades y el fortalecimiento de las brechas sociales que promueven el surgimiento de clases sociales que de facto encuentran frustrada cualquier participación en la construcción democrática de las sociedades y el derecho. (Gutiérrez Beltrán 2010: 89)

La protección judicial del derecho al medio ambiente presenta en Colombia una situación particular, pues forma parte de los denominados derechos colectivos, los cuales pueden ser protegidos mediante acciones populares (artículo 88° de la Constitución de 1991), que cuentan con una regulación legal específica (Ley 472, de

⁷⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-491/92.

1998). A través de su jurisprudencia, la Corte Constitucional de este país ha establecido la relación entre la acción de tutela y las acciones populares respecto a los derechos que protegen. En este sentido ha señalado (Corte Constitucional de Colombia 2009):

- Los artículos 86 y 88 de la Constitución Política prevén dos instrumentos para la protección de derechos constitucionales. El artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo concebido para la defensa de los derechos fundamentales, mientras que el artículo 88 establece la acción popular como la herramienta idónea para la protección de los derechos e intereses colectivos. Al ser acciones con un marco constitucional de protección distinto, el legislador las dotó a cada una de un procedimiento especial y de un juez natural.
- El numeral 3°, artículo 6°, del Decreto 2591 de 1991, dispone que la acción de tutela es improcedente cuando lo que se pretende proteger son derechos colectivos, lo cual no obsta para que se solicite la tutela de los “derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable”. En forma congruente, la Ley 472 de 1998 establece, de manera enunciativa, la lista de derechos e intereses colectivos que pueden protegerse mediante acción popular y el trámite respectivo. La jurisprudencia constitucional ha señalado que, con la entrada en vigencia de la Ley 472, la acción de tutela adquirió definitivamente carácter subsidiario para la protección de los derechos colectivos, por lo que su procedencia es excepcional, razón por la cual el juez constitucional debe ser especialmente cuidadoso al momento de determinar si la acción procedente es la acción popular o la acción de tutela.

- La vulneración de un derecho colectivo puede conllevar a la afcción de derechos fundamentales, supuesto en el cual las acciones populares no pueden revestirse de una naturaleza que les permita extender su protección también a ellos, tornándose la acción de tutela en el mecanismo idóneo para preservarlos.
- En este sentido, el hecho de que se pretenda la protección de un derecho colectivo no implica per se la improcedencia de la acción de tutela, pues existen circunstancias que hacen necesaria la intervención urgente e inmediata del juez de tutela. La Corte Constitucional ha determinado las siguientes reglas de ponderación que el juez debe tener en cuenta en el momento de conceder una acción de tutela en los casos en los que de la amenaza de un derecho colectivo se derive la violación de derechos fundamentales: i) debe existir conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la amenaza o vulneración de un derecho fundamental; (ii) el accionante debe ser la persona directamente afectada en su derecho fundamental; (iii) la vulneración del derecho fundamental no debe ser hipotética sino que debe encontrarse expresamente probada en el expediente; (iv) la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo, aunque por efecto de la decisión este último resulte protegido y (v) debe estar acreditado que las acciones populares no son un mecanismo idóneo en el caso concreto para la protección efectiva del derecho fundamental vulnerado.
- Una vez identificados plenamente los requisitos señalados, el juez deberá proteger los derechos fundamentales que se encuentran amenazados o vulnerados, siempre y cuando ellos se particularicen en conculcaciones fundamentales individualizables.

- El número de personas afectadas o la cantidad de sujetos que solicitan la intervención del juez constitucional no determina el tipo de acción a ejercer ni la naturaleza del derecho a proteger, puesto que la salvaguarda de un derecho colectivo no necesariamente excluye la defensa de derechos particulares, ni la protección de derechos fundamentales necesariamente supone la prohibición de medidas que favorezcan a un grupo social determinado.
- En ciertos casos se podrán tutelar derechos fundamentales de personas que, aun cuando no instauraron la acción, son también víctimas de las mismas circunstancias de quien se le ha reconocido mediante sentencia de tutela la protección de sus derechos fundamentales vulnerados en conexidad con la afectación de un derecho colectivo.

En perspectiva comparada, los textos constitucionales de España y Colombia coinciden en restringir la protección del amparo a los derechos reconocidos como fundamentales; sin embargo, la jurisprudencia constitucional colombiana ha permitido extender el ámbito de tutela de este proceso a otros derechos, a diferencia del caso español, en donde esa extensión ha sido limitada.

Como se ha señalado, en el caso peruano el amparo protege todos los derechos reconocidos a nivel constitucional. Sin embargo, es importante anotar que, al igual que en el caso de España y Colombia, la Constitución de 1993 contiene una sección denominada “Derechos fundamentales” (Capítulo 1 del Título Primero), que reconoce básicamente los derechos civiles, y otras secciones dedicadas a los derechos sociales

(Capítulo 2 del Título Primero), los derechos políticos (Capítulo 3 del Título Primero) y las garantías del debido proceso (artículo 139°). Una interpretación formal y literal del texto constitucional podría conducir a la errónea conclusión que los derechos fundamentales son sólo aquellos reconocidos en el capítulo denominado “Derechos fundamentales”. Afortunadamente, al precisarse el ámbito de protección del amparo en el artículo 200, inciso 2, de la Constitución, se hace referencia a los derechos constitucionales en general y no sólo a los calificados como fundamentales, desde un punto de vista formal, por el texto constitucional.

En el caso del derecho al medio ambiente, su reconocimiento expreso se encuentra en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución, en la sección sobre “Derechos fundamentales”, por lo que no cabe mayor duda sobre su protección a través del proceso constitucional de amparo. El Código Procesal Constitucional ratifica esta protección en su artículo 37°, inciso 23.

3.2.1.1.2 Protección de derechos no reconocidos de forma expresa en la Constitución

La lista de derechos establecida en los textos constitucionales no es considerada como cerrada o taxativa, pues existen derechos fundamentales que no se encuentran reconocidos de forma expresa en el texto constitucional, conocidos como derechos implícitos o no enumerados. Por esta razón, diversos países incorporan en sus respectivas constituciones la denominada “cláusula abierta de derechos”:

La inclusión de cláusulas abiertas sobre derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas, sin duda tiene su origen remoto en el texto de la Enmienda IX de la

Constitución de los Estados Unidos de América (1791), en la cual se dispuso que “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe construirse como la negación o desecho de otros que el pueblo conserva”. Con ello se buscaba confirmar que la lista de los derechos constitucionales no termina en aquellos expresamente declarados en los textos constitucionales.

Esta técnica, enriquecida en el constitucionalismo latinoamericano, ha permitido considerar como derechos humanos todos los otros inherentes a la persona humana, e incluso, aquellos declarados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con lo que se ha permitido la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. (Brewer-Carías 2006: 80-81)

En el siguiente cuadro se pueden apreciar ejemplos de la forma en que las cláusulas abiertas de derechos fundamentales han sido recogidas en los textos constitucionales de América Latina:

Argentina	<p>Constitución de 1994</p> <p>Art. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.</p>
Colombia	<p>Constitución de 1991</p> <p>Artículo 94°. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.</p>
Ecuador	<p>Constitución del 2008</p> <p>Artículo 11, inciso 7.- El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de</p>

	las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.
Perú	<p>Constitución de 1993</p> <p>Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo [se refiere al Capítulo 1, sobre Derechos Fundamentales] no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.</p>
Venezuela	<p>Constitución de 1999</p> <p>Artículo 22, La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.</p>

Sobre esta cláusula, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que⁷⁷:

[...] concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa [en la Constitución] y dependen de la existencia de un consenso, histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios [constitucionales] y a [su] eficacia directa [...].

Por lo tanto, corresponde a la judicatura –a través de la interpretación constitucional– compatibilizar la Constitución con el desarrollo de la sociedad y sus valores, incorporando en el catálogo de derechos constitucionales aquellos que vayan

⁷⁷ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-406/92, del 5 de junio de 1992.

adquiriendo esa connotación con el transcurso del tiempo. Cuando tal situación se presente, tendrá que determinarse si el proceso de amparo es el mecanismo idóneo para su protección. En los casos en que este proceso proteja todos los derechos constitucionales no habrá duda al respecto. En aquellos ordenamientos donde el amparo sólo protege determinados derechos constitucionales, corresponderá a los operadores jurídicos realizar las interpretaciones del caso para decidir si dicho proceso podrá ser empleado para proteger el nuevo derecho reconocido como parte del ordenamiento constitucional.

En el caso peruano, si los nuevos derechos tienen relación con la libertad física, corresponderán ser protegidos a través del proceso de hábeas corpus, y mediante el hábeas data si tuviesen alguna relación con el derecho de acceso a la información pública o la protección de datos personales. En todos los demás supuestos, tales derechos deben merecer protección a través del amparo. Entre los derechos no reconocidos de forma expresa en el texto constitucional, pero que han sido reconocidos como fundamentales por la jurisprudencia constitucional, pueden mencionarse el derecho a la verdad, la objeción de conciencia, el derecho al plazo razonable de duración de un proceso, entre otros. Todos ellos –a nuestra consideración– merecen una protección a través del proceso de amparo, incluso en aquellos casos en que su reconocimiento se haya producido a través de otra vía.

3.2.1.1.3 Protección de derechos reconocidos en normas internacionales

Los derechos reconocidos en las normas internacionales sobre derechos humanos requieren contar con un mecanismo de protección judicial rápido y efectivo, de acuerdo a lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2º, inciso 3º, literal a). En cada ordenamiento jurídico, corresponderá determinar las vías a través de las cuales se llevará a cabo esta protección. En algunos casos, este tema ha sido abordado en las normas constitucionales y en otros a través de la jurisprudencia.

A nivel constitucional, una opción es establecer que los derechos reconocidos en las normas internacionales son protegidos a través del proceso de amparo, sea que se trate de derechos reconocidos en instrumentos declarativos o convencionales. Esta opción ha sido asumida en el caso de Venezuela, cuyo texto constitucional señala en su artículo 27º, aunque de forma indirecta, que el proceso de amparo protege “los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en [la] Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”. En este caso, si el proceso de amparo protege los derechos que no figuran expresamente en los instrumentos internacionales, con mayor razón protege aquellos que se encuentran expresamente reconocidos.

Una segunda opción es reconocer a nivel constitucional que la protección del amparo abarca a los derechos reconocidos sólo en los tratados sobre derechos humanos, y no en

todo instrumento internacional. Así se disponía, por ejemplo, en el texto constitucional del Ecuador de 1998, cuyo artículo 95° establecía que el amparo protegía “cualquier derecho consagrado [...] en un tratado o convenio internacional vigente [...]”. Se trataba de una referencia directa, que no requería interpretación alguna. Lamentablemente, la actual Constitución del Ecuador del 2008, al precisar los derechos protegidos por la acción de protección (denominación que recibe en este país el proceso de amparo), no hace referencia alguna a la posibilidad de proteger a través de esta vía derechos reconocidos en instrumentos internacionales, sean declarativos o convencionales, aunque ello podría ser subsanado con una correcta aplicación del artículo 11°, inciso 3, que dispone: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. [...] Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

En los casos en que las normas constitucionales no se pronuncien sobre ese tema, que es lo más frecuente, la jurisprudencia constitucional adquiere especial importancia. A través de ella se puede determinar que el amparo es la vía procesal adecuada para proteger derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.

Otra opción es acudir a la “cláusula abierta de derechos”, de modo tal que aquellos reconocidos en instrumentos internacionales sean reconocidos como derechos constitucionales. A tal objetivo contribuye el hecho que estas cláusulas incluyan supuestos tales como los derechos inherentes a la persona humana y su dignidad, que

son lo bastante amplias y relacionadas con la esencia del ser humano, como para facilitar su uso en esa dirección. En tal supuesto, en los países que reconozcan el proceso de amparo como un medio para proteger todos los derechos constitucionales, podrá ser empleado para proteger los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, que por vía de la interpretación de la “cláusula abierta de derechos” se consideren también como derechos constitucionales.

En el caso de los países que establecen que el amparo sólo protege una lista de determinados derechos fundamentales se presenta una dificultad, por cuanto estos derechos, por lo general, se encuentran reconocidos a nivel constitucional, y es esta mención expresa la que se sirve de referencia para determinar el ámbito de protección del amparo. Una situación diferente se da en aquellos países, como el caso de Colombia, en donde a través de la jurisprudencia constitucional podría interpretarse que los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales ingresan dentro de la calificación de derechos constitucionales fundamentales, en el sentido establecido por su tribunal constitucional y descrito anteriormente.

En el Perú, la Constitución no señala de forma expresa que el proceso de amparo puede ser empleado para la protección de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales. Sin embargo, es posible identificar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional situaciones concretas en donde derechos reconocidos en tratados han sido objeto de protección a través de este proceso. Este ha sido el caso del derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y reconocido a favor de los pueblos indígenas respecto a las medidas legislativas o

administrativas que afecten sus derechos colectivos. Se trata de un derecho que por muchos años no tuvo un desarrollo legal específico, lo cual no fue impedimento para que a través de su jurisprudencia el Tribunal reconozca que puede ser protegido a través del proceso de amparo⁷⁸.

3.2.1.1.4 Protección de derechos reconocidos a nivel legal

Si bien el proceso de amparo ha sido previsto para la protección de los derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales, normas constitucionales o a través de la jurisprudencia constitucional, algunos ordenamientos jurídicos han previsto que pueda ser empleado para la protección de derechos de origen legal, que adquieren dicha protección como consecuencia de una interpretación extensiva de los derechos reconocidos constitucionalmente: “Esta posición ha sido acogida en la experiencia mexicana, cuando comprende al hábeas corpus dentro del amparo, y cuando admite la procedencia del llamado “amparo-casación” o “amparo-recurso” en defensa de la legalidad de las resoluciones judiciales, es decir, de la exacta aplicación de la ley” (Abad 2008: 110).

La desventaja de esta opción es que puede dar lugar a que aumente considerablemente la carga procesal de los jueces competentes para conocer demandas de amparo, derivando los recursos y el tiempo necesarios para la protección de los derechos fundamentales, que tiene la calidad de urgente, a la resolución de controversias que no requieren la misma atención.

⁷⁸ Actualmente, el derecho a la consulta cuenta con un desarrollo normativo a través de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicada el 7 de setiembre del 2011, y su respectivo Reglamento (Decreto Supremo N° 001-2012-MC, publicado el 3 de abril del 2012).

3.2.1.1.5 Derechos protegidos por el proceso de amparo en el Perú

La precisión sobre los derechos protegidos a través del proceso de amparo en el Perú se encuentra prevista en la Constitución de 1993, que señala que la tutela a través de este proceso se extiende a todos los “derechos reconocidos por la Constitución”, excepto a los protegidos por los procesos de hábeas corpus y hábeas data⁷⁹. Al respecto, el artículo 200°, inciso 2°, señala 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 [...]”. De esta forma, se descarta la posibilidad de emplear el amparo para la tutela de derechos cuyo origen sea legal.

A nivel de la legislación, el artículo 37° del Código Procesal Constitucional establece una relación enunciativa de los derechos fundamentales que pueden ser protegidos mediante el amparo. Pero además, el artículo 38° precisa qué derechos no pueden ser protegidos a través de este proceso, pues dispone que: “No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo [...]”. El objetivo de esta precisión es remarcar que los derechos protegidos por el amparo son aquellos reconocidos a nivel constitucional y no los derechos de origen legal. Una errónea interpretación de esta norma sería considerar que a través de ella se ha buscado dejar fuera de la protección del amparo los derechos no reconocidos de forma expresa en la Constitución o los reconocidos en los instrumentos internacionales.

⁷⁹ En el caso de la Constitución de 1979, se precisaba que el amparo protegía aquellos derechos no tutelados por el proceso de hábeas corpus.

En el caso de los derechos no reconocidos expresamente, su reconocimiento como derechos fundamentales se realiza a través de la aplicación e interpretación del artículo 3° de la Constitución, que contempla la “cláusula abierta de derechos”. Una vez reconocido un nuevo derecho como fundamental, corresponde identificar el proceso constitucional idóneo para su protección, que en la mayoría de casos ha sido hasta el momento el proceso de amparo.

En cuanto a los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos (instrumentos convencionales), la protección constitucional de los mismos no requieren de la aplicación del artículo 3° de la Constitución, pues se trata de derechos que forman parte del ordenamiento jurídico por la sola vigencia del tratado que los reconoce y que ha sido ratificado por el Estado peruano. Sin embargo, la situación es diferente si se trata de derechos que cuentan con reconocimiento sólo en instrumentos internacionales de carácter declarativo, pues para considerarse que forman parte del ordenamiento jurídico-constitucional tendría que aplicarse el citado artículo 3°.

La tutela judicial de los derechos sociales a través del amparo merece una especial mención. En términos generales, esta protección judicial no ha sido sencilla a nivel del derecho comparado, debido a diferentes factores, entre otros, por considerarse que no son derechos de exigibilidad inmediata o por entenderse que no existen los recursos necesarios para garantizar su vigencia:

Los derechos sociales representan un verdadero reto para la jurisdicción constitucional, no solamente porque la búsqueda de mayores grados de exigibilidad exige un esfuerzo argumentativo y creativo, sino porque en dicha búsqueda la magistratura constitucional irá encontrando su espacio y límites respecto a los demás poderes.

Las experiencias comparadas son ciertamente disímiles por cuanto los diversos sistemas jurídicos manifiestan distintos grados de permeabilidad a los criterios que se han ido asentando a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del trabajo de los distintos comités en la materia que irradian muchos de los principios y guías de trabajo para estos temas. Por otro lado, vivimos la paradoja consistente en que los países que más necesitan del desarrollo de los derechos sociales son aquellos en los cuales justamente la jurisdicción constitucional se ve limitada en sus desarrollos debido a la asunción conciente de las limitaciones económicas imperantes. Pero esta última afirmación no debe hacernos perder de vista que [...] los derechos sociales ofrecen diversas posibilidades de exigibilidad y no todas ellas implican un contenido prestacional, pero aun en el caso de aquellos que lo tengan, la jurisdicción constitucional tiene mucho que decir, especialmente en lo referente al control de la racionalidad de las políticas públicas tomando en cuenta los caminos que imponen los derechos sociales a la actividad del Estado en su conjunto. (Acuña 2006: 26-27)

Sobre este tema, la Constitución de 1979 contenía una disposición que fue interpretada en el sentido que implicaba negar la protección judicial de estos derechos. Nos referimos a la Sexta Disposición General y Transitoria, que señalaba: “Las disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente. La Ley Anual de Presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición”. A ello debe sumarse el debate, también presente en otros países, respecto a si los derechos sociales son derechos programáticos, y por ende condicionados en cuanto a su exigibilidad a determinadas condiciones económicas, o si se trata de derechos con un contenido exigible a las autoridades y, en caso no se respeten, protegidos a través de las vías constitucionales.

Actualmente, la tutela judicial de los derechos sociales se encuentra ampliamente reconocida a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, como puede apreciarse en su jurisprudencia sobre la protección de los derechos previsionales, los derechos laborales, el derecho a la salud y a la educación. Sobre cuándo acudir al

amparo para la tutela de los derechos sociales, el Tribunal ha indicado que esta dependerá “de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”⁸⁰.

El adecuado conocimiento de los derechos protegidos por el proceso de amparo por parte de los litigantes resulta de particular importancia para que proceda la demanda respectiva. Si se presenta una demanda de amparo respecto a un derecho protegido a través de otro proceso constitucional o que no tiene la característica de derecho fundamental, deberá ser declarada improcedente.

Los artículos específicos sobre causales de improcedencia, tanto en la legislación anterior (artículo 6° de la Ley N° 23506⁸¹) como en el Código Procesal Constitucional (artículo 5°) no contienen una mención a este tema. Sin embargo, la improcedencia se deduce a partir de lo dispuesto en el artículo 200°, inciso 2°, de la Constitución, que precisa que los derechos protegidos por el amparo son aquellos reconocidos en la Constitución y no protegidos a través de otros procesos constitucionales, así como del citado artículo 38° del Código, que señala que el amparo no protege derechos sin sustento constitucional directo, el cual -como hemos advertido- no debe ser interpretado en el sentido de negar la protección por esta vía de los derechos no reconocidos

⁸⁰ Sentencia 2945-2003-AA (caso Azanca Meza García), publicada el 12 de julio del 2004, fundamento 33.

⁸¹ El artículo 6° de la Ley N° 23506, sobre las causales de improcedencia aplicables al amparo y también al proceso de hábeas corpus, disponía únicamente lo siguiente: No proceden las acciones de garantía: 1) En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable; 2) Contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular; y 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria.

expresamente en la Constitución o aquellos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

3.2.1.1.6 Reconversión de los procesos constitucionales

Dado que los textos constitucionales y la legislación precisan cuáles son los derechos protegidos por cada proceso constitucional, no debería haber equivocación sobre el proceso a iniciar para la tutela de un derecho amenazado o vulnerado. Sin embargo, es posible que ocurran casos en los cuales se inicia un proceso constitucional para proteger un derecho que corresponde ser tutelado a través de otro proceso. Ante estos casos, la decisión de los órganos jurisdiccionales debería ser declarar improcedente la demanda, a fin de que se inicie el proceso que realmente corresponde. Sin embargo, otra opción es la reconversión de los procesos constitucionales, la cual estaría sustentada en el papel de los jueces constitucionales de suplir las deficiencias procesales y los principios de economía procesal y elasticidad.

La legislación anterior al Código Procesal Constitucional contenía una referencia a este tema. En este sentido, el artículo 9° de la Ley N° 25398 establecía:

Si el actor incurre en error al nominar la garantía constitucional [acción de Hábeas Corpus o acción de Amparo] que de conformidad con el Artículo 295 de la Constitución Política del Perú [de 1979, artículo 200 de la Constitución de 1993], quiere ejercer, el juez ante quien ha sido presentada se inhibirá de su conocimiento y la remitirá de inmediato al competente, bajo responsabilidad, para los efectos de la sustanciación y resolución correspondientes.

Sin embargo, uno de los problemas prácticos de esta norma era que otorgaba al juez que recibía la demanda la responsabilidad de remitirla al órgano competente, lo que no sólo implicaba identificar a un juez en atención a la especialidad (juez civil para el caso del amparo) sino también evaluar otros criterios, como el de territorialidad, lo cual llevaba consigo un examen más detenido del contenido de la demanda.

El Código Procesal Constitucional no contempla una norma similar a la prevista en la legislación procesal anterior. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en diferentes ocasiones sobre esta materia, estableciendo una línea jurisprudencial sobre la reconversión de procesos constitucionales, es decir, sobre la posibilidad de que un proceso iniciado para la protección de un derecho que debe ser protegido por otra vía, sea reconvertido en esta última. Para que ello proceda, sobre la base de su autonomía procesal, el Tribunal ha establecido que resulta necesario evaluar los siguientes aspectos⁸²:

- El juez de ambos procesos debe tener las mismas competencias funcionales. En este sentido, tanto el amparo como el hábeas data y el cumplimiento son tramitados por jueces especializados en lo civil, como lo dispone para el primero en el artículo 51° del Código Procesal constitucional, de aplicación supletoria para los otros conforme lo señalan los artículos 65° y 74° del mismo cuerpo normativo.
- De efectuarse la reconversión, la pretensión originaria de la parte demandante debe mantenerse.

⁸² Sentencia 7873-2006-PC/TC (caso Juan Tueros del Risco), publicada el 28 de agosto del 2007.

- Deben existir elementos suficientes para determinar la legitimidad para obrar activa y para poder resolver el fondo del asunto, es decir, no deben actuarse pruebas adicionales en el proceso, de modo tal que pueda ser resuelto con las herramientas que el mismo expediente brinda, lo cual es acorde con el artículo 9° del Código Procesal Constitucional.
- Debe verificarse que con la reconversión se cumplan los fines del proceso constitucional, cual es la protección de los derechos fundamentales. De acuerdo con el Tribunal “si bien se estaría yendo en contra del cauce normal de un proceso, la autonomía procesal y el principio de informalidad que rige este tipo de proceso, además de los principios de dirección judicial del proceso, *pro actione* y economía procesal, previstos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal constitucional, autoriza canalizar la búsqueda de justicia, como valor supremo de la Constitución, a través de la judicatura constitucional”.
- La necesidad del pronunciamiento debe ser de extrema urgencia, es decir, que el caso sea apremiante, perentorio y urgente.
- Debe analizarse la predictibilidad en el fallo a emitir. En este sentido, “si el juzgador es consciente del tipo de fallo a emitirse, y pese a que existe un error en la tramitación de la demanda, debe ordenar su conversión”.

En términos prácticos, esta posibilidad de reconversión sería aplicable principalmente a los casos en que se inicie un proceso de cumplimiento cuando debió iniciarse un proceso de amparo, como se aprecia en los casos en donde el Tribunal ha aplicado este

lineamiento jurisprudencial. En los demás casos, la demanda tendría que ser declarada improcedente y el demandante iniciar un proceso constitucional en la vía correcta, para lo cual deberá estar atento a que no se haya vencido el plazo para la interposición de la demanda. Además, los criterios establecidos por el Tribunal se aplican para el supuesto que la reconversión se produzca cuando el caso está en conocimiento de este órgano, mas no a nivel del Poder Judicial. En todo caso, lo que esta situación refleja son los errores presentes al interponerse demandas de tutela de derechos fundamentales.

3.2.1.2 Protección del contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales

3.2.1.2.1 Problemas identificados

Los derechos fundamentales se encuentran reconocidos en los textos constitucionales pero éstos no precisan necesariamente su contenido, razón por la cual corresponde a la legislación y la jurisprudencia precisarlo de forma progresiva.

La precisión sobre el contenido de los derechos fundamentales requiere el conocimiento de la dogmática sobre estos derechos, tanto la teoría general aplicable a todos ellos como aquellas que de forma específica se ha desarrollado en torno a cada uno. Desde una perspectiva general se puede afirmar:

[La] delimitación del derecho puede comprender tres componentes: un elemento subjetivo, un elemento sustantivo y, finalmente, un elemento formal. Llamamos elemento subjetivo de la delimitación del derecho fundamental al conjunto de sujetos activos y pasivos del mismo. Se establece así quién puede ser titular del derecho fundamental y frente a quién se puede ejercer, a quién obliga. El elemento objetivo del

ámbito del derecho, por su parte, haría referencia al objeto del derecho, conjunto de facultades o ámbito de inviolabilidad que éste otorga a sus titulares. Finalmente, el elemento formal, lo constituyen las garantías específicas que pueda poseer, en su caso, el derecho fundamental. (Naranjo 2000: 35)

A partir de esta premisa aplicable a todos los derechos fundamentales, corresponde evaluar el contenido de cada uno en particular, a fin de identificar las facultades que se derivan del mismo y que son objeto de protección a través de un proceso constitucional.

La falta de precisión de los textos constitucionales sobre el contenido de los derechos fundamentales, junto con la ausencia de un desarrollo normativo y jurisprudencial –o el desconocimiento del mismo-, da lugar a que se presenten demandas de amparo invocando derechos reconocidos en la Constitución pero respecto a hechos o situaciones que no guardan relación con las conductas o facultades que buscan ser protegidas a través de la norma suprema del ordenamiento jurídico. Estas demandas deben ser declaradas improcedentes, pues en caso contrario se estaría aceptando el inicio de procesos constitucionales para la resolución de controversias que carecen de relevancia constitucional y que corresponden ser resueltas a través de otros procesos judiciales:

La agresión [a un derecho constitucional] debe ser referida directamente a un derecho consagrado en el texto de la Constitución, no a una derivación del mismo. Todos los derechos reciben evidentemente su vigencia del marco constitucional, pero no puede colegirse de ello que la violación de cualquier derecho da lugar [al proceso de amparo]. De ser así se alteraría la razón para la cual se instauraron las garantías y desaparecerían todos los demás procedimientos, pues todos los que se consideraran lesionados en algún derecho recurrirán a esta sumarísima acción. La desnaturalización de la institución traería efectos funestos en el ordenamiento jurídico general. (Borea 2000: 57-58)

Conforme la jurisprudencia desarrolle el ámbito de protección del proceso de amparo se irán precisando aquellos casos en donde corresponde dar inicio a este proceso de tutela de derechos fundamentales, declarando la improcedencia de las demandas en donde se invoquen situaciones o problemas no relacionados con conductas o facultades protegidas constitucionalmente. Sin embargo, es importante advertir que no se trata de una labor sencilla, por cuanto es necesario analizar el contenido de cada derecho constitucional, e incluso interpretarlos conforme al derecho internacional de los derechos humanos, evitándose a su vez dejar al margen de toda protección determinadas prestaciones o conductas que merecen tutela a partir de los principios que sustentan el Estado Constitucional, cuales son el respeto y garantía de los derechos fundamentales y la separación de funciones entre los órganos estatales.

Una consecuencia importante de evitar que el amparo sea empleado para la resolución de casos carentes de relevancia constitucional lo constituye el hecho que con este tipo de medidas se evita que los juzgados dediquen tiempo y recursos para analizar controversias sin dicha relevancia, centrando su atención en aquellas demandas que sí merecen un pronunciamiento rápido y oportuno por parte de la judicatura constitucional.

A nivel del derecho comparado es posible identificar disposiciones contenidas en la legislación procesal, orientadas a declarar la improcedencia de una demanda de amparo cuando se emplea para proteger conductas que no forman parte del contenido de un derecho fundamental. Así por ejemplo, en España, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificada en el año 2007, condiciona -en el artículo 50.1º inciso b)- la admisión de una demanda de amparo a que:

[...] el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Sobre esta modificación legal, que fue emitida en el marco de una serie de medidas orientadas a mejorar el funcionamiento del Tribunal Constitucional español, saturado de recursos de amparo, se ha señalado:

Antes de la reforma, una de las causas de inadmisión consistía en carecer la demanda de contenido constitucional (artículo 50.1.c del texto anterior de la LOTC). Con la reforma, ello desaparece y sólo se admitirá el amparo si, una vez justificada en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso, el Tribunal entiende (sin sujeción, como es obvio, a esa apreciación de parte), que tal especial trascendencia se da efectivamente en el caso [...] (nuevo artículo 50.1.b LOTC). Se hace evidente, pues, que se opta por una concepción objetiva del recurso de amparo. Más todavía, por una concepción “exclusivamente” objetiva, en la medida en que desaparece la dimensión de tutela. Con ello se va más allá, incluso, que en las últimas reformas alemanas del amparo, que, aunque con la misma finalidad de limitar drásticamente la admisión, además de exigir la especial relevancia constitucional del asunto (aspecto objetivo) exigen también que la vulneración del derecho haya producido un extraordinario y grave perjuicio para el recurrente (aspecto subjetivo o de tutela).

Reducido, pues, el amparo, a su dimensión objetiva, no puede dejarse de señalar que la “especial trascendencia constitucional” (esto es, la objetivación) aun con la “concreción o especificación” de la misma que en la reforma se efectúa, deja al Tribunal un margen muy amplio de discrecionalidad para apreciarla. Ello (que me parece inevitable si se pretenden resolver los problemas que aquejan al Tribunal) hace que la fórmula adoptada esté muy próxima (aunque no sea idéntica) a la del certiorari del Tribunal Supremo estadounidense. (Aragón 2008: 14-15)

En un sentido más bien crítico de la reforma a favor de un amparo objetivo se ha señalado:

[...] el proceso de amparo sería improcedente [...] si la demanda no mostrase, a juicio del TC, que pronunciarse sobre el caso va a ser útil para *interpretar y aplicar* la [Constitución española], para favorecer su *eficacia* o para *delimitar el contenido y alcance* de las libertades y derechos referidos en el artículo 53.2 [de la Constitución]. Pero las demandas pueden no acreditar esa “trascendencia constitucional” por distintas causas: por ejemplo, porque sean numerosas las sentencias del TC que han *interpretado y aplicado* el texto constitucional en un mismo sentido, respecto de casos similares; porque en el caso de que se trate, como en otros semejantes, nada se plantee que permita al TC incrementar la *eficacia* de preceptos constitucionales; o porque, a través de suficientes sentencias, estén ya muy clara y precisamente determinados el contenido y alcance de las libertades y derechos fundamentales a que el caso se refiera. Entonces, con el artículo 50.1, letra b), LOTC, en la mano, procedería sin duda la inadmisión del recurso. Pero nótese bien que sería legalmente procedente esa inadmisión aunque, *prima facie* y en comparación con casos semejantes, la demanda presentase, con documentación adjunta muchas veces, un caso en que el amparo habría de concederse. Un tal resultado, no ya posible conforme a la LO 6/2007, sino obligado por esa LO, es indigno de un instituto que conserva la denominación de “recurso de amparo”. (Oliva 2009: 383-384)

En Colombia, la legislación sobre la acción de tutela no se pronuncia sobre este tema, por lo que ha sido la Corte Constitucional de este país la encargada de precisar que no corresponde acudir a este proceso para la resolución de controversias de índole legal.

El caso de Alemania, la legislación sobre el amparo señala que la demanda respectiva será admitida cuando “tengan relevancia constitucional fundamental” (artículo 93 a. de la LTCF). Sobre los alcances de esta disposición se ha señalado:

La causal contenida en la letra a) supracitada acoge la denominada función objetiva de la jurisdicción constitucional, de manera tal que, en esos casos, el TFCA actúa como un auténtico garante del Derecho Constitucional. Según la jurisprudencia consolidada de los tribunales federales alemanes, una demanda para ser admitida ante el TFCA debe

plantear una cuestión jurídica cuya resolución sea de esencial importancia para la interpretación o aplicación del Derecho Constitucional. (Hernández Valle 2005: 192)

En consecuencia, no cualquier situación o hecho que se invoque como contraria al ejercicio de un derecho fundamental da lugar al inicio de un proceso de amparo. Corresponde a la autoridad jurisdiccional identificar el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado y, a partir de ello, pronunciarse sobre si la controversia gira en torno a un tema de relevancia constitucional, existiendo experiencias comparadas que han buscado regular esta materia, estableciéndola como una causal de improcedencia.

3.2.1.2.2 Caso peruano

El proceso de amparo ha sido establecido en el Perú como un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales. Sin embargo, la ausencia por muchos años de un marco legal y jurisprudencial que precisara el contenido de estos derechos, originó una perniciosa tendencia por parte de los abogados litigantes, mediante la cual se invocaba cualquier derecho reconocido en la Constitución para someter a consideración de los tribunales controversias que no se relacionaban con la protección de su contenido. Con ello, también se buscaba evitar el uso de las vías judiciales ordinarias para la resolución de estas controversias, dando lugar a que materias carentes de relevancia constitucional sean conocidas y resueltas a través del amparo.

La solución a este problema no requería una norma expresa que precise una causal de improcedencia sobre la materia, pues bastaría una correcta y adecuada interpretación de la finalidad del amparo y del contenido de los derechos que protege. Dado que ello no

ocurrió, se justificaba plenamente que el Código Procesal Constitucional (2004) estableciera como una causal de improcedencia, en el artículo 5° inciso 1°, que no proceden los procesos constitucionales cuando “los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. Esta norma debe ser leída de forma conjunta con el artículo 38° del mismo Código, que precisa que: “No procede el amparo en defensa de un derecho [...] que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”. Sobre esta causal de improcedencia se ha señalado:

[...] solamente el contenido que pueda definirse como contenido constitucional, será objeto de protección por parte de los procesos constitucionales. La controversia y la consecuente pretensión que se presente al juez a través del proceso constitucional, deben estar directamente relacionados con el contenido constitucional del derecho fundamental. [...] Sólo si realmente ha acontecido una afectación al contenido constitucional del derecho fundamental, podrá proceder una demanda constitucional. Si no ha ocurrido lo dicho, deberá el agraviado acudir al proceso judicial ordinario en búsqueda de solución. (Castillo 2006: 274)

La causal de improcedencia contenida en el artículo 5°, inciso 1°, del Código ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional a propósito de demandas sobre temas y derechos específicos. De modo particular, ha sido empleada para delimitar las controversias sobre la protección constitucional de los derechos previsionales a través del amparo. No se trata de algo causal, pues el mayor número de demandas de amparo ha estado relacionada con este tipo de causas, sobre las cuales el Tribunal Constitucional asumió –desde que volvió a funcionar en 1996- una posición bastante flexible, admitiendo que a través del amparo se conocieran causas que poco tenían que ver con la protección del derecho fundamental a la pensión. Para el Tribunal, era

necesaria una causal de improcedencia como la prevista en el artículo 5°, inciso 1°, del Código, a fin de solucionar uno de sus mayores problemas, cual era la carga procesal.

Por ello, no causó mayor sorpresa que pocos meses después de entrar en vigencia el Código Procesal Constitucional, en diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional emitiera su primer pronunciamiento sobre los alcances del citado artículo 5°, inciso 1°, aplicado al tema de las demandas sobre derechos previsionales. En este sentido, en junio de 2005, el Tribunal emitió la sentencia 1417-2005-PA (caso Manuel Anicama Hernández)⁸³, estableciendo como precedente vinculante en qué casos corresponde acudir al amparo para la protección de tales derechos y en qué casos no, por tratarse de demandas no relacionadas con su contenido constitucionalmente protegido.

La citada sentencia tiene dos partes. En la primera se realiza un análisis teórico sobre la estructura de los derechos fundamentales, a fin de señalar que éstos tienen un contenido que se deriva de la Constitución, pero que también tienen un contenido que se deriva de las normas legales. Luego de ello, el Tribunal procede a precisar en qué casos procede una demanda de amparo para proteger los derechos previsionales. Sin embargo, no existe una conexión entre ambas partes de la sentencia, por lo que la segunda parte se puede comprender perfectamente sin revisar en absoluto la primera. De hecho, en este fallo no queda claro qué criterios fueron empleados para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos previsionales⁸⁴.

⁸³ Publicada el 12 de julio del 2005 en el diario oficial *El Peruano*.

⁸⁴ En términos generales, en el fundamento 37 de la sentencia el Tribunal Constitucional determinó que el amparo procedía para la tutela de los derechos previsionales en los siguientes casos: a) Cuando a pesar de haberse cumplido los requisitos legales respectivos, se impide que una persona acceda a algún sistema de seguridad social; b) Cuando se deniegue el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, una vez ocurrida la contingencia, a pesar de cumplirse los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia; c) Si la pretensión versa en torno al reajuste del monto de la pensión, sólo

Como consecuencia de esta decisión, un importante número de controversias ha quedado fuera del ámbito de protección del amparo, por no estar relacionadas con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos previsionales. Ello ha dado lugar a que las causas antes conocidas por el Tribunal Constitucional pasen a ser conocidas de forma exclusiva por el Poder Judicial, mediante otras vías procesales, como el proceso contencioso-administrativo. Esto no significa que los derechos previsionales gocen ahora de una mayor o mejor tutela procesal, sino que ha cambiado la vía para obtenerla. Igualmente, la carga procesal que tenía el Tribunal Constitucional no ha desaparecido del sistema de administración de justicia, sino que ha pasado a otros órganos jurisdiccionales.

Aparte del supuesto relacionado con los derechos previsionales, otras causas en donde el Tribunal ha aplicado el artículo 5°, inciso 1°, del Código Procesal Constitucional son las demandas de hábeas corpus contra resoluciones judiciales. Si bien no se trata de casos de amparo, conviene hacer referencia a tales supuestos. Al respecto, se debe señalar que en el Perú una gran cantidad de demandas de hábeas corpus son presentadas contra resoluciones judiciales emanadas de procesos penales. En los hechos, los demandantes suelen buscar dejar sin efecto alguna resolución judicial, y con ello verse libres del proceso seguido en su contra, dejar sin efecto alguna sentencia que les haya sido impuesta o dejar sin efecto alguna medida restrictiva de derechos, como por ejemplo, una orden de detención judicial preventiva. Por lo general, el Tribunal declara improcedentes estas demandas, recurriendo de modo constante el artículo 5°, inciso 1°, del Código. Sin embargo, a diferencia de su jurisprudencia sobre derechos

procede la demanda para garantizar el derecho al mínimo vital; d) Cuando a pesar de cumplirse con los requisitos legales, se deniega una pensión de sobrevivencia (en caso de viudez, orfandad y ascendientes).

previsionales, no existe un precedente específico sobre la materia. Por ello, para identificar los supuestos en que no proceden estas demandas corresponde revisar de forma constante la jurisprudencia del Tribunal e identificar tales casos.

Con relación a la protección del derecho al medio ambiente, no se puede afirmar que el Tribunal haya desarrollado hasta el momento una jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 5º, inciso 1º, del Código Procesal Constitucional, por lo que conforme se presenten demandas invocando este derecho, el Tribunal irá perfilando en qué supuestos corresponde acudir al amparo y en qué casos no.

Finalmente, corresponde señalar que la expresión “contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental” ha sido considerada por algunos autores y el propio Tribunal como equivalente de la expresión “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Sin embargo, se trata de una equiparación equivocada, por cuanto el primer concepto alude a la delimitación de aquellas facultades que se encuentran protegidas constitucionalmente, mientras que el segundo se utiliza respecto a las restricciones que el legislador puede establecer al ejercicio de los derechos fundamentales, a fin de precisarse que dicha potestad no puede implicar que en la práctica se limiten los derechos de forma irrazonable o desproporcionadas, es decir, desconociéndose su contenido esencial.

3.2.2 Identificación del acto lesivo de derechos fundamentales

Luego de verificar si la demanda de amparo gira en torno a la tutela de un derecho constitucional y su contenido constitucionalmente protegido, corresponde identificar el

acto lesivo que se invoca como amenaza o violación de dicho derecho, el cual debe cumplir determinadas características, pues en caso contrario corresponde declarar improcedente la demanda. Como señala Landa, “en todo proceso de amparo se debe delimitar no sólo el derecho fundamental violado, sino también determinar el acto lesivo materia de control constitucional; lo cual lleva a identificar quién o con qué se puede agraviar los derechos fundamentales del afectado” (2011b: 110).

La correcta determinación del acto lesivo que se impugna a través de un proceso constitucional tiene importantes repercusiones para el desarrollo del proceso, pues resulta esencial para que éste gire en torno a un problema principal y específico, y no respecto a materias poco claras, accesorias o no relevantes para la resolución del tema de fondo. Asimismo, es de relevancia para que la autoridad judicial, en la sentencia respectiva, establezca un mandato concreto de dar, hacer o no hacer, que garantice el derecho afectado o amenazado. También permite verificar, con posterioridad al fallo, si lo ordenado por el juez se ha cumplido, o si –por el contrario- aún subsiste la amenaza o violación del derecho. De igual forma, si la sentencia establece de forma clara el acto lesivo que ha sido considerado como atentatorio de un derecho fundamental, se podrá identificar en forma rápida y sencilla si el mismo acto vuelve a llevarse a cabo, a fin de aplicar la represión del acto lesivo homogéneo. En cuanto a las medidas cautelares, la adecuada identificación del acto lesivo debe permitirle al juez precisar los alcances de su decisión.

En atención a lo expuesto, en la presente sección de la investigación explicaremos los aspectos centrales sobre los actos lesivos que se invocan como contrarios a los derechos

fundamentales, en atención a su relación con la procedibilidad de las demandas respectivas.

3.2.2.1 Definición y contenido

El acto lesivo de un derecho fundamental puede ser definido como “cualquier hecho voluntario, intencional, negativo o positivo [...], consistente en una decisión o en una ejecución o en ambas conjuntamente, que produzcan una afectación en situaciones jurídicas y fácticas dadas, y que se impongan unilateral, coercitiva o imperativamente, engendrando la contravención a todas aquellas situaciones conocidas con el nombre o bajo la connotación jurídica de garantías individuales” (Burgoa 1971:222).

La doctrina coincide en señalar que el acto lesivo presenta dos contenidos: uno material y otro jurídico. El primero, *contenido material*, está relacionado con aspectos principalmente fácticos (hechos) y se encuentra constituido por:

- a. El sujeto que lleva a cabo el acto lesivo (a quien se puede denominar como *sujeto activo*): Esto implica que el acto lesivo debe tener su origen en la conducta (acción u omisión) de una autoridad, funcionario o persona. De esta forma, se dejan de lado controversias en donde solo ocurran hechos que puedan dar lugar a una lesión de derechos fundamentales (como por ejemplo, una catástrofe) pero donde no sea posible identificar su origen con la actividad de una persona.

- b. El sujeto que se ve afectado en sus derechos (a quien se puede denominar *sujeto pasivo*): El acto lesivo debe afectar derechos de una persona o colectivo de personas.

- c. La acción u omisión que amenaza o vulnera esos derechos (a la que se puede denominar *conducta concreta*): Hace referencia al acto concreto que se entiende como contrario al contenido de los derechos fundamentales. Para una mejor dilucidación de una controversia, los demandantes deben evitar invocar hechos diversos, menos aún si carecen de alguna conexión.

De otro lado, el *contenido jurídico* del acto lesivo implica analizar la afectación producida, que implica determinar la existencia de un agravio personal y directo de los derechos fundamentales. En este sentido, no cualquier situación que se considere relacionada con un derecho fundamental puede ser entendida como un acto lesivo, pues se debe acreditar un agravio o violación del mismo:

[...] no basta que exista [un daño o perjuicio] para que haya un agravio desde el punto de vista jurídico, sino que es menester que sea causado o producido de una determinada forma. En efecto, es necesario que el daño o perjuicio sean ocasionados por una autoridad al violar una garantía individual [...] Así pues, el otro factor que concurre en la integración del concepto de “agravio”, desde el punto de vista del juicio de amparo [...] consiste en la forma, ocasión o manera bajo las cuales la autoridad estatal causa el daño o perjuicio, o sea, mediante la violación de las garantías individuales [...] (Burgoa 1971: 280)

Este análisis jurídico relacionado con los derechos fundamentales implica el conocimiento previo de su contenido, a partir de su delimitación en base a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

La legislación comparada ofrece interesantes ejemplos de las características que debe tener un acto lesivo. En Argentina, la Ley N° 16.986, que regula el proceso de amparo, señala en su artículo 1° que éste resulta admisible “contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional”. A nuestra consideración, el uso de diversos adjetivos para hacer referencia a las características del acto lesivo, antes que favorecer el desarrollo de este proceso, puede llevar a que el mismo se emplee para resolver controversias que no se relacionan de forma directa con la afectación o amenaza de un derecho fundamental. Por ello, la norma argentina debió simplemente hacer referencia a los actos que lesionen o amenacen derechos fundamentales, que encierra todos los supuestos antes mencionados (Sagüés 2007: 101).

Con un enfoque diverso, más claro y menos confuso, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, en su artículo 41.2, precisa:

[...] el recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos [...] frente a las violaciones de los derechos [fundamentales] originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de funcionarios o agentes.

Por lo tanto, al presentarse una demanda de amparo, así como al ser calificada por las autoridades jurisdiccionales, debe evaluarse si el acto lesivo invocado presenta los elementos suficientes para ser considerado como una amenaza o violación de los derechos fundamentales cuya protección se solicita, no bastando con invocar cualquier

hecho o conducta de una autoridad, funcionario o persona que tenga un efecto o una relación con tales derechos.

Finalmente, es interesante anotar que para un sector de la doctrina, la gravedad del acto lesivo o su intensidad no son criterios aceptados para evaluar la procedencia de una demanda de amparo, dado que implica un criterio poco objetivo y de difícil precisión. Como afirma Sagüés (2007: 106), “en esta materia no debe influir la cantidad de la lesión, puesto que cualquier lesión a la libertad es de por sí grave”.

3.2.2.2 Clasificación de los actos lesivos

Los actos lesivos pueden ser clasificados en función a determinados criterios, que permite evaluar la procedibilidad de una demanda. Aquí explicaremos estos criterios y su relación con las causales de improcedencia previstas en la legislación procesal y desarrolladas por la jurisprudencia.

3.2.2.2.1 Modo de afectación de los derechos

Los actos lesivos pueden manifestarse a través de la realización de una acción (hacer o amenaza de hacer algo) o, por el contrario, una omisión (no hacer algo). La Constitución de 1993 menciona estas dos formas de afectación de los derechos en el artículo 200°, al precisar los alcances de los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data, que a su vez son reiteradas en el artículo 1° del Código Procesal Constitucional. En torno a los actos lesivos que implican una acción se ha señalado:

Son aquellos en que la autoridad impone a los gobernados determinadas obligaciones, prohibiciones o limitaciones en sus diferentes bienes jurídicos, en su persona o en su conducta. En dichos actos, la positividad no sólo se revela en su forma (actuación como opuesta a la abstención), sino en su contenido material (imposición como diversa del rehusamiento). Los actos positivos se distinguen de los negativos en que, en los primeros, se ordena al gobernado que haga o deje de hacer algo, en tanto que en los segundos, es la propia autoridad la que rehusa desplegar su actuación en beneficio del particular, aunque en ambos, el órgano estatal asuma una conducta formalmente positiva (diversa de la mera abstención de hacer), pero en sentido diferente. (Burgoa 1971: 228)

El mismo autor, al referirse a las omisiones, señala que “se traducen en una actitud de abstención que asumen las autoridades frente a las instancias escritas que les formula el particular, en sentido de no contestarlas, o lo que es lo mismo, dichos actos equivalen al silencio que las mencionadas autoridades observan en relación con las peticiones que el gobernado les eleva” (Burgoa 1971: 228).

Si bien la Constitución no señala mayores aspectos sobre las características de las acciones u omisiones, el Código Procesal Constitucional, al referirse a estas últimas precisa que deben estar relacionadas con actos de cumplimiento obligatorio, con lo cual quedaría habilitada la posibilidad que –ante una omisión que afecte derechos fundamentales- se pueda acudir a un proceso de amparo o a uno de cumplimiento. Sin embargo, el mismo Código ha establecido (artículo 70°, inciso 3°) que este último no corresponde ser empleado para proteger derechos que pueden ser tutelados a través de los otros procesos constitucionales, como el amparo. En consecuencia, ante la omisión de un acto de cumplimiento obligatorio que implique la afectación de un derecho fundamental, corresponde iniciar un proceso de amparo y no de cumplimiento.

Los actos lesivos considerados como omisiones por lo general se invocan en los casos donde se reclama la tutela de derechos sociales, afectados por la falta de una actuación concreta del Estado a su favor, como ocurre, por ejemplo, con los problemas relacionados con el derecho de acceso a la pensión o a una determinada prestación de salud.

En el caso del derecho al medio ambiente, hemos visto en el capítulo 1 que su contenido se relaciona con la obligación del Estado de adoptar medidas orientadas a garantizar que el mismo sea equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y los demás derechos de las personas, por lo que especial importancia tiene la identificación como actos lesivos de aquellas omisiones del Estado respecto a tales objetivos. En cuanto a las acciones, la jurisprudencia constitucional permite identificar que éstas por lo general se relacionan con conductas concretas respecto al desarrollo de determinadas actividades económicas.

3.2.2.2 Momento de afectación de los derechos

El criterio referido a la identificación del momento en que los derechos fundamentales son afectados, permite clasificar los actos lesivos en actos pasados, presentes, futuros o de tracto sucesivo.

Los *actos lesivos pasados* suelen definirse como aquellos producidos con anterioridad a la presentación de la demanda. En estos casos, el amparo debe ser presentado dentro del plazo establecido legalmente, pues en caso contrario será declarado improcedente. De forma adicional, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido una relación entre el

momento de ocurrencia de tales actos y sus posibilidades de reparación. En este sentido ha señalado que los “hechos, sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad suscitados en el pasado” sólo requerirán la tutela jurisdiccional constitucional “a condición de que se acredite que los derechos fundamentales vinculados a ellos, sea por una violación o amenaza de violación de los mismos, pueden ser objeto de reparación mediante la intervención jurisdiccional”⁸⁵.

Por su parte, los *actos presentes*, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, “son aquellos hechos sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se vienen realizando al momento de la interposición de una acción de garantía; y que seguirán subsistiendo hasta el momento de resolver en última instancia”⁸⁶.

De otro lado, los *actos futuros* (también conocidos como *amenazas*) son aquellos sobre los cuales existe un grado fuerte de certeza e inminencia respecto a su realización, criterios señalados en el artículo 2° del Código Procesal Constitucional, que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han sido complementados con otros⁸⁷:

[...] para que la amenaza sea considerada cierta, debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, es decir, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser: **real**, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos; **efectivo**, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; **tangible**, esto es que debe percibirse de manera precisa; **ineludible**, entendiendo que implicará irremediablemente una violación concreta.

⁸⁵ Sentencia 3283-2003-AA, fundamento 4.a)

⁸⁶ Sentencia 3283-2003-AA, fundamento 4.b)

⁸⁷ Sentencia 1032-2003-AA, fundamento 5.

Respecto a los actos futuros, el Código Procesal Constitucional ha establecido (artículo 44°, inciso 4°) que el plazo respectivo para presentar la demanda no se aplica en los supuestos que se invoque la amenaza de violación de derechos fundamentales. En este sentido dispone que “la amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo”.

Finalmente, los denominados *actos de tracto sucesivo* son aquellos que han ocurrido en el pasado, continúan reiterándose al momento de la interposición de la demanda y van a volver a ocurrir en el futuro.

Respecto a problemas identificados con relación al momento de realización del acto lesivo se pueden mencionar los casos en que el Tribunal Constitucional ha errado al momento de evaluar si se ha vencido el plazo para presentar la demanda (supuesto relacionado con los actos lesivos pasados), así como aquellas situaciones en que ha evaluado de forma incorrecta los dos presupuestos que son necesarios para acreditar la existencia de la amenaza a un derecho fundamental –certeza e inminencia- (supuesto relacionado con los actos lesivos futuros). En el caso particular de las amenazas, debe advertirse que la demora excesiva en la resolución de las demandas de amparo origina que durante el desarrollo del proceso las mismas se concreten o materialicen, por lo que en tales supuestos la controversia ya no gira en torno a un acto futuro sino respecto a un acto presente.

En el caso del derecho al medio ambiente, los actos lesivos al mismo deben ser considerados como continuados o de tracto sucesivo, por cuanto difícilmente un problema sobre, por ejemplo, la emisión de ruidos molestos o la realización de una

determinada actividad de explotación de recursos naturales, podría ser calificado, al momento de interponerse una demanda, como un acto realizado en el pasado, respecto al cual –además- pueda invocarse la prescripción.

3.2.2.2.3 Reparabilidad de la afectación del derecho

Los procesos constitucionales tienen por objetivo la protección de los derechos fundamentales, que puede concretarse mediante el restablecimiento de la situación de tales derechos al momento anterior a la concretización del acto lesivo. Por ello, al momento de examinar una demanda, la autoridad jurisdiccional debe identificar si el derecho resulta reparable. En caso afirmativo, el proceso debe continuar; en caso negativo, la demanda debe ser declarada improcedente.

Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de conocer el caso de una persona que buscaba postular a una alcaldía distrital, pero que fue objeto de una tacha, siendo impedido de participar en la contienda electoral. Al momento de resolverse el caso, el proceso electoral ya se había llevado a cabo, por lo que no podían reponerse las cosas al estado anterior a la afectación de derechos constitucionales⁸⁸.

Al respecto, el Código Procesal Constitucional señala en el artículo 5º, inciso 5º, que no proceden los procesos constitucionales cuando “a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”.

⁸⁸ Sentencia 2366-2003-AA (caso Juan Espino Espino), publicada el 7 de abril del 2004.

El análisis de la reparabilidad del derecho exige por parte de los operadores jurídicos evaluar todas las posibilidades que existen para tutelar un derecho, y no simplemente quedarse en la verificación de algunos hechos que podrían hacer pensar que no se puede hacer nada para protegerlo. Existen al respecto diversos casos resueltos por el Tribunal Constitucional, en los cuales ha llamado la atención sobre las decisiones de los jueces de declarar improcedente una demanda por haber devenido en irreparable un derecho, a pesar de que existían alternativas que permitían su tutela procesal. Será la casuística la encargada de perfilar aquellos casos en donde un derecho fundamental pueda ser reparable.

En el caso del derecho al medio ambiente, esta labor de los jueces presenta aspectos particulares, pues puede ocurrir que una determinada conducta que ha afectado el medio ambiente no pueda ser revertida en su totalidad. Sin embargo, ello no debe ser obstáculo para negar el acceso al amparo, que en estos casos servirá para evitar que la afectación sea mayor.

De acuerdo con el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, si el acto lesivo deviene en irreparable luego de presentada la demanda, ello no implica necesariamente que ésta debe ser declarada improcedente, pues atendiendo a determinados criterios puede declararse fundada, con la finalidad de ordenar que la situación identificada como lesiva de derechos fundamentales no vuelva a repetirse en el futuro. Se trata de una protección respecto a posibles actos lesivos homogéneos.

La evaluación sobre si un derecho puede convertirse en irreparable debe también ser realizada por las autoridades judiciales al momento de analizar si corresponde exigir

algunos requisitos procesales para la procedencia de la demanda. Así por ejemplo, el Código Procesal Constitucional (artículo 46°, inciso 2°) establece que no corresponde exigir el agotamiento de la vía previa si “la agresión pudiera convertirse en irreparable”.

La reparabilidad del acto lesivo es muchas veces empleada de forma errada, a fin de alegarse la imposibilidad de proteger derechos sociales. Dado que respecto a estos derechos los actos lesivos más invocados se relacionan con la omisión del Estado de cumplir con determinadas prestaciones u obligaciones previstas en la ley, las entidades demandadas suelen alegar que el amparo tiene como característica esencial ser un mecanismo de reparación de derechos, que implica volver las cosas al estado anterior a su violación, y no un proceso para otorgar derechos, por lo que no procedería una demanda de amparo para, por ejemplo, proteger el derecho de acceso a una pensión o a una prestación de salud. Al respecto, corresponde reiterar que la reparación de un derecho es una de las vías para protegerlo, pero no la única, por lo que no resulta adecuado invocar la no posibilidad de reparación en supuestos o casos que deben ser analizados desde otra perspectiva.

Lo señalado también resulta relevante para el caso de la protección del derecho al medio ambiente, cuyo contenido se relaciona estrechamente con la obligación de Estado de adoptar medidas para garantizar que sea equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y los demás derechos de las personas.

3.2.2.2.4 Subsistencia del acto lesivo

Al momento de presentarse una demanda de amparo, el acto lesivo debe encontrarse generando plenos efectos. En este sentido, la doctrina distingue entre actos lesivos subsistentes (que no han cesado) y no subsistentes (que ya cesaron). Si el acto lesivo subsiste al momento de presentarse la demanda, ésta debe continuar su curso; si ha cesado, debe ser declarada improcedente:

[...] la eficacia de la causa de improcedencia [...] sólo se registra cuando la cesación de los efectos de los actos reclamados es total, pues subsistiendo uno de ellos, dicha causa no es operante. Esta observación se justifica si se toma en cuenta que la referida cesación debe equivaler al restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación, por lo que, si éste no se realiza cabalmente, no puede afirmarse que los efectos de los actos combatidos hayan dejado de producirse en su integridad. (Burgoa 1971: 469)

En este sentido, el cese del acto lesivo debe ser analizado con relación a la conducta (acción u omisión) de la autoridad, funcionario o persona demandada. Si la acción culmina o la omisión se subsana, cabe afirmar que el acto lesivo ha cesado

Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de conocer un caso en que la demanda fue presentada contra la difusión de afiches en delegaciones policiales, en los que aparecía la imagen del demandante y otras personas junto con la frase “Los más buscados”. En este caso, el acto lesivo cesó con el retiro de los mencionados afiches⁸⁹. Citando otros casos, si la libertad física se ve afectada por una detención arbitraria, el

⁸⁹ Resolución del Tribunal Constitucional 1631-2002-HC (caso Pedro Catalán Huisa), publicada el 19 de mayo del 2003.

acto lesivo cesa si la persona detenida es puesta en libertad. En materia de acceso a la información pública, el acto lesivo cesa si se entrega la información solicitada.

En la legislación nacional, el cese del acto lesivo de los derechos fundamentales ha sido establecida como una causal de improcedencia en el artículo 5° inciso 5° del Código Procesal Constitucional, que dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando “a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional [...]”. Respecto a este tema, el artículo 1° del Código señala que si el acto lesivo ha cesado luego de presentada la demanda, no necesariamente debe ser declarada improcedente, pues puede estimarse fundada a fin de ordenar que la situación identificada como lesiva de derechos fundamentales no vuelva a repetirse en el futuro. Así por ejemplo, si una persona fue arbitrariamente detenida por homonimia pero luego puesta en libertad al comprobarse que no era a quien correspondía detener, el juez puede ordenar que la orden de detención que dio lugar a la confusión no sea utilizada nuevamente respecto a dicha persona.

Un caso concreto de aplicación de este artículo se dio en la sentencia 5490-2007-HC/TC (caso Elvito Rodríguez Domínguez), publicada el 24 de marzo del 2008, que versó sobre un hábeas corpus interpuesto contra un auto de apertura de instrucción con mandato de detención. Durante el desarrollo del proceso, el mandato de detención fue variado por el de comparecencia, ante lo cual el Tribunal consideró que, si bien se produjo el cese del acto lesivo, era necesario establecer que el agravio cometido por las autoridades que dieron cumplimiento a la orden de detención constituyó un grave atentado contra sus derechos constitucionales, por lo que declaró fundada la demanda y ordenó a los efectivos policiales y al juez demandados “abstenerse de cometer actos

similares al que motivó la presente demanda, bajo apercibimiento de aplicárseles las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional”.

En el caso del derecho al medio ambiente, el cese del acto lesivo podría presentarse, por ejemplo, si la demanda es interpuesta contra un particular que decide realizar la construcción de una fábrica de gran envergadura en una zona protegida por razones ambientales y, luego de presentada la demanda, decide no continuar con la misma. De aplicarse el artículo 1° del Código, el juez podría prohibir a futuro que en dicha zona se realicen construcciones similares.

3.2.2.2.5 Manifestación del acto lesivo

Para que procedan las demandas de tutela de derechos fundamentales, el acto lesivo debe ser manifiesto, de modo tal que no se requiera acudir a una etapa probatoria, que de por sí implicaría la realización de un proceso más extenso. Al respecto se ha señalado:

[...] el amparo no está para atender conflictos complicados, pues requiere que la lesión a la Constitución sea inequívoca, sin necesidad de un estudio largo o prolongado de los hechos, ni de amplio debate y prueba.

[...] el amparo estudia conductas de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas. En su consecuencia, la acción no se habilita para hechos o actos que no padezcan de notoria invalidez. Hay, sin embargo, un discreto análisis (fáctico, normativo y axiológico) en el amparo y, por tanto, no se excluyen de él algunos mecanismos probatorios mínimos, y un rápido juzgamiento de constitucionalidad. Pero no más; si el asunto es realmente intrincado, deberá remitirse a otro tipo de procedimiento. (Sagüés 2007: 246, 249)

En similar sentido se afirma:

Este es justamente uno de los elementos que sirven para delimitar la frontera entre los procesos de amparo y los de carácter ordinario. En el amparo la violación o amenaza de conculcación se debe acreditar sin mayor debate probatorio. Por ello, cuando un acto, omisión o amenaza que en principio viola o amenaza violar un derecho fundamental pero para cuya acreditación se requiere de probanzas exhaustivas, en tal hipótesis el afectado tiene que plantear el asunto en la vía ordinaria y no residenciarlo en la jurisdicción constitucional. (Hernández Valle 2006: 184)

A fin de garantizar esta característica esencial del amparo, durante su tramitación no se contempla una etapa probatoria; en caso contrario, dejaría de ser un proceso sumarísimo, que se caracteriza por tener menos etapas procesales que los procesos ordinarios. Las pruebas deben ser de “actuación inmediata, especialmente pruebas instrumentales y respecto de las cuales no exista sombra alguna de duda y que logren crear convicción en el juez” (Castillo 2006: 396). En Argentina, la legislación procesal del amparo (Ley N° 16.986, artículo 2° inciso d) señala que una demanda de amparo debe ser declarada inadmisibile cuando “la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba”.

El caso de Brasil es particularmente interesante, pues el texto constitucional de 1998 establece en su artículo 68° que el mandato de seguridad (denominación que en este país recibe el amparo) procede para la protección de derechos líquidos (determinados) y ciertos. Estas dos características no se refieren tanto a los derechos que buscan ser protegidos sino al carácter manifiesto de su afectación: “Son los hechos y el caso concreto que deben presentarse de manera líquida y cierta, por parte del autor de la acción, es de esa demostración que depende el magistrado para bien decidir” (Ramos 2011: 337-338). Por este motivo, en el ordenamiento jurídico brasileño no se admite dilación probatoria en el ámbito de este proceso constitucional:

Exigir derecho líquido y cierto equivale, en la práctica brasileña, a exigir que el autor compruebe todas sus alegaciones documentalmente, de inmediato, en el momento en que proponga la acción.

Está prohibida, por fuerza constitucional, (i) la junta de documentos después del enjuiciamiento de la acción, y (ii) el pedido para la producción de pruebas durante el curso del proceso (como v.g., audiencia para oír testigos). (Ramos 2011: 339)

El Código Procesal Constitucional no establece de forma expresa como una causal de improcedencia que el acto lesivo no sea manifiesto. La única referencia al tema de la prueba en los procesos constitucionales se encuentra en el artículo 9º, el cual dispone:

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es posible identificar casos en los que, aplicándose este artículo, se han declarado improcedentes demandas que implicaban la evaluación y análisis de diversos elementos probatorios, con lo cual se desvirtuaban los alcances del amparo como un proceso breve y sencillo de tutela de derechos fundamentales.

En las demandas de amparo presentadas para la tutela del derecho al medio ambiente, el tema de la prueba reviste especial importancia, pues corresponderá a la parte demandante acreditar la amenaza o afectación del derecho, sobre la base de elementos que en la mayoría de casos puede implicar la revisión de información altamente especializada sobre la materia (informes, expedientes técnicos, estudios de impacto

ambiental, etc.), lo que puede llevar a las autoridades jurisdiccionales a considerar imposible resolver la controversia a través de un amparo. En este sentido se ha señalado:

Hoy día con el incremento de protección al derecho fundamental a un ambiente ecológicamente sano y equilibrado, se plantean por la vía del amparo casos en que la determinación de si violación alegada es o no de recibo, requiere de la evacuación de peritajes técnicos, como el nivel de contaminación sónica, la polución de los vertederos de basura, estudios de impacto ambiental, etcétera.

Tales peritajes, en numerosas ocasiones, son complejos y toman varias semanas en ser vertidos, lo cual retrasa el dictado de la sentencia, dado que la otra parte, por lo general, ofrece contraprueba, la cual también debe ser evacuada por medio de peritos.

En estos casos se plantea la disyuntiva si tramitar estas supuestas violaciones ambientales por la vía del amparo o dejar más bien que sean resueltas por los tribunales administrativos ambientales, donde la prueba puede ser evacuada con mayor amplitud. (Hernández Valle 2006: 194)

Sobre esta afirmación es interesante resaltar que el autor no compara la posibilidad de usar el amparo con relación a otro proceso judicial donde se puedan hacer valer mayores medios probatorios, sino con procedimientos y tribunales administrativos en materia ambiental, en los que se contaría con mayores posibilidades para el estudio de la información necesaria para la resolución de una controversia.

Cuando analicemos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la protección del derecho al medio ambiente, tendremos ocasión de evaluar si es que necesariamente en este tipo de casos el acto lesivo tiene que ser manifiesto y si necesariamente se debe declarar improcedente la demanda respectiva por contravenirse la finalidad del artículo 9º del Código Procesal Constitucional.

3.2.2.2.6 Consentimiento del acto lesivo

Los actos lesivos pueden ser clasificados, sobre la base de este criterio, en actos consentidos y no consentidos. Se trata de un tema polémico, por cuanto resulta muy difícil aceptar como jurídicamente válido el consentimiento de una lesión a los derechos fundamentales. Sin embargo, es una materia que ha sido abordada en otros países. Por ejemplo, en el caso de la legislación mexicana sobre el proceso de amparo, las fracciones XI y XII del artículo 73° disponen:

El juicio de amparo es improcedente: [...]

XI. Contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento.

XII. Contra actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquellos contra los que no promueva juicio de amparo, dentro de los términos que [señala la ley].

Como se aprecia, la legislación mexicana contempla dos tipos de consentimiento, tanto el expreso como el tácito. Sobre el primero se ha señalado:

[...] un acto de autoridad se entiende consentido expresamente cuando se ha manifestado por parte del agraviado una adhesión a él verbal, por escrito o traducida en signos inequívocos. Desde luego, la prueba de la existencia de ese consentimiento de un acto de autoridad es difícil y casi imposible de recabarse, puesto que, de no existir una declaración escrita que contenga la mencionada adhesión por parte del quejoso, y que en la mayoría de casos no tiene lugar, el consentimiento expreso verbal o por signos inequívocos no puede demostrarse sin dificultad en juicio. Por todas estas razones, estimamos que el consentimiento expreso de un acto reclamado [...] en la práctica, es un factor de difícil comprobación para fundar en él la improcedencia del juicio de amparo. (Burgoa 1971: 470)

A pesar de las dificultades para probar el consentimiento tácito en cualquier circunstancia, se trata de una opción no descartada en el derecho comparado, aunque ha sido cuestionada a nivel nacional. En efecto, el Tribunal Constitucional peruano, a través de diversos fallos, estableció que las demandas de amparo podían ser declaradas improcedentes si había existido un consentimiento del acto lesivo por la parte demandante. Esta interpretación fue aplicada, por ejemplo, a demandas en materia laboral, en donde el Tribunal señaló que las pretensiones orientadas a obtener a través del amparo la reposición laboral no procedían si el demandante había cobrado sus beneficios sociales, ya que a través de esa conducta habría consentido la lesión de su derecho. Se estaba, por lo tanto, ante una causal de improcedencia no prevista en el texto del Código Procesal Constitucional, sino incorporada en el ordenamiento jurídico a través de las resoluciones del Tribunal. Sobre esta línea jurisprudencial se señaló:

[...] esta causal de improcedencia carece de base legal en la medida en que nunca fue prevista por [la Ley N° 23506] –por lo demás, tampoco la contempla el Código Procesal Constitucional. Como ha dicho el propio Tribunal Constitucional en otra oportunidad, la ciudadanía “se rige por el principio de que aquello que no está prohibido, está permitido” (STC 13-2003-CC/TC, FJ N° 10.6); en consecuencia, no puede aplicarse una sanción –la improcedencia- por hacer algo que no está prohibido por la Ley de Amparo [...] En segundo lugar, resulta cuestionable aceptar el consentimiento respecto a la lesión de un derecho fundamental. Por ello, [...] dicho criterio debería ser modificado. (Abad 2008: 134)

En el año 2010, y mediante un precedente vinculante, el Tribunal Constitucional dejó de lado esta posición, pero no tanto porque discrepara de la posibilidad que un acto lesivo pueda ser consentido, sino porque consideró que el cobro de los beneficios sociales no podía ser entendido como tal. Para el Tribunal, la protección constitucional del derecho al trabajo puede obtenerse a través de la reposición o por medio de una indemnización,

lo cual depende la situación concreta del término del vínculo laboral. En este sentido, el cobro de beneficios sociales no puede ser entendido como un medio de protección frente al despido arbitrario. Por el contrario, el cobro de una indemnización sí podía ser entendido como tal, dado que es una forma de protección de los derechos laborales, por lo que si se hace efectivo, podría entenderse que se ha consentido el acto lesivo. En palabras del propio Tribunal⁹⁰:

36 [...] a. El cobro de los beneficios sociales, compensación por tiempo de servicios, vacaciones trunca, gratificaciones trunca, utilidades u otro concepto remunerativo debido al trabajador no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.

b. El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” [SIC] supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.

c. El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudados al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin; el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes.

Respecto al consentimiento tácito, la doctrina acepta que este tema se relaciona con el plazo previsto legalmente para la interposición de una demanda de amparo:

El amparo es un juicio sumarísimo que garantiza los derechos constitucionalizados [...] y se abre excepcionalmente en los supuestos que existan vías legales ordinarias, cuando la demora que éstas traen apareada produce un daño grave e irreparable. No puede, entonces, obviar los procedimientos comunes establecidos tendientes a reparar el agravio, quien, después de un largo tiempo de inactividad, lapso suficiente como para haber transitado y resuelto el caso por la vía previa, o haber acudido a la paralela,

⁹⁰ Sentencia 3052-2009-PA (caso Yolanda Lara Garay), publicada el 23 de agosto del 2010.

intenta iniciar una acción de amparo. Ello es así, porque el amparo, no puede ser remedio para salvar la negligencia del agraviado que fue remiso en impetrar la reparación, y que, en consecuencia, él sería el único culpable de su agravio si fuera irreparable. Y, además, ante una demora considerable e iniciar el amparo, no se puede pretextar, para elegir esta vía excepcional y sumarísima, el grave e irreparable daño a que lo llevarían los largos trámites ordinarios. (Lazzarini 1967: 147-148)

Diversos fundamentos se han planteado a favor de admitir que legalmente se establezca un plazo para la presentación de las demandas de tutela de derechos fundamentales:

El primer motivo lo constituye el carácter excepcional y urgente de los procesos constitucionales, lo que exige que el agraviado recurra prontamente frente a la agresión en su derecho constitucional [...] Si no lo hace en un tiempo determinado, se puede presumir que la afectación a su derecho constitucional no es realmente tal, o siéndola no es urgente su solución de modo que podría intentarla solucionar en la vía ordinaria o, en definitiva se puede presumir que consiente la medida agresora. Así, el no interponer la demanda constitucional dentro del plazo previsto supone una sanción para el afectado negligente en la protección de sus derechos constitucionales.

La segunda razón la constituye la siempre necesaria seguridad jurídica, la cual es incompatible con el mantenimiento indefinido de la posibilidad de alterar una situación jurídica sobre la base de la cual durante el transcurso del tiempo se han podido generar nuevas relaciones jurídicas, incluso con terceros que actuando de buena fe puedan ver luego peligrar sus legítimos intereses y derechos. (Castillo 2006: 384-385)

En el Perú, el Código Procesal Constitucional ha previsto en su artículo 44° que el plazo general para interponer una demanda de amparo es de sesenta días hábiles. Para el caso específico de las demandas de amparo contra resoluciones judiciales, el plazo es de treinta días. Si la demanda es presentada fuera de estos plazos, la misma debe ser declarada improcedente.

En caso la demanda haya sido declarada improcedente, es muy probable que el demandante busque acudir a otra vía para la tutela de su derecho. Sin embargo, luego de haber estado litigando un par de años cuando menos, se encontrará que el plazo para presentar la nueva demanda en las otras vías habrá vencido, con lo cual se presenta un serio problema, cual es la ausencia de un vía procesal para la tutela del derecho afectado.

El Código no ha previsto excepciones respecto al plazo, pero sí ha establecido algunas reglas para su cómputo. Respecto al tema de la protección del medio ambiente, interesa mencionar las siguientes: a) si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución (artículo 44, inciso 3); b) la amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo (artículo 44, inciso 4); c) si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista (artículo 44, inciso 5); y d) el plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda (artículo 44, inciso 6).

3.2.3 Evaluación de causales de improcedencia

El análisis en torno al derecho fundamental y al acto lesivo invocados en una demanda, permite analizar si existe alguna causal que pueda dar lugar a declarar su improcedencia. En la sección anterior se ha explicado y corroborado tal situación.

Pero a la vez, existen un conjunto de causales de improcedencia que no se encuentran estrictamente relacionadas con ambos aspectos, y que también corresponden ser evaluadas por las autoridades jurisdiccionales. Tales causales se encuentran previstas en

su mayoría en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional. A efectos del presente trabajo interesa hacer mención a las que tienen mayor relevancia respecto a la protección judicial del derecho al medio ambiente.

De forma previa a este análisis, resulta importante señalar que en los casos en que exista una duda sobre si corresponde aplicar una causal de improcedencia, se debe observar el principio a favor del desarrollo del proceso, reconocido en el cuarto párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dispone que “cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación”.

3.2.3.1 Existencia de otra vía procesal específica, igualmente satisfactoria, para la tutela del derecho invocado

3.2.3.1.1 Aspectos generales

Los Estados se encuentran obligados a establecer en su ordenamiento jurídico mecanismos judiciales para la protección rápida y efectiva de los derechos fundamentales. En diversos países, el proceso de amparo constituye el mecanismo que permite obtener la tutela procesal que tales derechos exigen. Sin embargo, el amparo puede coexistir con otras vías procesales a través de las cuales se puede obtener la misma tutela, por lo que cada ordenamiento jurídico determina la relación entre las

diferentes vías judiciales que permiten la protección efectiva de derechos fundamentales⁹¹.

Una opción es establecer que cuando existan otras vías procesales para la protección de los derechos fundamentales, no cabe acudir al proceso de amparo (tesis del amparo subsidiario). Otra es dejar en manos de la persona afectada en sus derechos la decisión de escoger la vía a la cual acudir (tesis del amparo alternativo). Cualquiera que fuera la alternativa a asumir, el punto de partida es reconocer que existen diferentes procesos a través de los cuales se puede obtener una protección efectiva y rápida de derechos fundamentales. No se trata de relacionar el amparo con una vía con características y finalidades diferentes a la tutela especial que requieren los derechos fundamentales.

En Argentina, la Constitución de 1994 (artículo 43°) señala que el proceso de amparo es una acción “expedita y rápida [...] siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”. Sobre los alcances de esta norma se ha señalado:

[...] ante la lesión a un derecho tutelado por el amparo, habrá que ver qué remedios judiciales existen. Solamente si hay uno *mejor* que el amparo, es decir, más expeditivo o rápido, o más eficaz, el amparo no será viable. Si hay un proceso *igual de útil* que el amparo, el litigante es libre de emplear éste o el otro camino procesal. En la última hipótesis, el amparo se perfila como vía alternativa u opcional para el agraviado.

En definitiva, en esta posición el amparo tiende a perfilarse como la primera vía más idónea para el perjudicado por el acto lesivo. (Sagüés 2007: 172-173)

⁹¹ Los mecanismos judiciales de protección de derechos fundamentales distintos del amparo han sido denominados por la doctrina como *vías paralelas*, aunque se trata más bien de *vías convergentes*, pues por vías procesales diferentes se llega al mismo objetivo (Lazzarini 1967: 123-124).

En la misma línea, la Constitución de Bolivia del 2009 dispone que el proceso de amparo procede para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, “siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados” (artículo 129 inciso I).

Un problema aparte se presenta cuando, habiéndose optado por una vía considerada igualmente satisfactoria, durante el transcurso del proceso se constata que no lo es. En estos casos, debería considerarse razonable permitir el abandono del primer proceso y la presentación de una demanda de amparo. Lo mismo puede ocurrir si al acudirse a la otra vía se constata que el derecho podría tornarse en irreparable. En este sentido, el amparo “es viable, aun habiendo otros procedimientos igualmente previstos, cuando el empleo ordinario de éstos, según las características del problema, pudiera ocasionar un daño grave e irreparable; es decir, cuando se corra el riesgo de brindar al recurrente una protección judicial, pero posterior a su ruina, tornándose así en ilusoria la resolución que en definitiva se dicte” (Sagüés 2007: 182). Ello podría ocurrir, por ejemplo, si se produce una demora en el desarrollo del proceso al que se acudió y, a la vez, se constata que el derecho podría devenir en irreparable.

3.2.3.1.2 El caso peruano

La relación entre el proceso de amparo y los otros procesos judiciales ha sido desarrollada por la legislación. En este sentido, la primera opción –vigente por más de dos décadas- fue considerar al amparo como una vía alternativa para la protección de los derechos fundamentales, establecida en el artículo 6° inciso 3°, de la Ley N° 23506

(1982), que señalaba que no procedían los procesos constitucionales cuando el agraviado optaba por acudir a la vía judicial ordinaria.

En los hechos, la opción de los litigantes fue a favor del proceso de amparo, quizá por considerar que siendo una vía sumarísima podían obtener una solución más rápida a sus demandas; sin embargo, el contenido de las mismas no siempre estaba relacionado con la protección de derechos fundamentales o con la resolución de controversias de relevancia constitucional. Ello implicó que el amparo fuera empleado con fines diferentes a los previstos a nivel constitucional. Tampoco puede quedar fuera de este análisis el hecho que por muchos años no existió una legislación procesal moderna que permitiera la resolución de controversias de índole laboral o previsional, motivo por el cual a los litigantes les resultaba sumamente atractivo acudir al amparo.

Desde esta perspectiva, la opción por dejar de lado el carácter alternativo del amparo estaba sustentada principalmente en la necesidad de evitar que a través de este proceso se plantearan controversias con poca relación con la defensa de los derechos fundamentales. En este sentido el Código Procesal Constitucional del Perú dejó de lado la opción por el amparo alternativo previsto en la Ley N° 23506 y dispone en el artículo 5°, inciso 2°, que no proceden los procesos constitucionales cuando “existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”. Respecto a este cambio se ha señalado:

[...] considero que resultaba una medida indispensable y justificada, existente en ordenamientos extranjeros de los que se ha inspirado el Código Procesal Constitucional peruano, pues era necesario corregir las graves distorsiones que se venían produciendo y

que desnaturalizaban groseramente el Amparo, impidiendo que opere como una verdadera tutela de urgencia para la protección de derechos constitucionales. Corresponderá a la jurisprudencia ir precisando y modulando la exigencia de los requisitos impuestos por el nuevo carácter residual del Amparo peruano, a partir de los casos concretos, señalando criterios que encaucen adecuada y razonablemente su admisión y funcionamiento, sin caer en la adopción de fórmulas dogmáticas o rígidas que restrinjan injustificadamente su utilización o lo tornen en virtualmente inaccesible e ineficaz [...]. (Eguiguren 2008: 174)

La opción del Código no ha estado libre de críticas, pues hay autores que afirman que la causal de improcedencia prevista en el artículo 5º, inciso 2º, del Código es contraria al propio texto constitucional, que en su artículo 200º precisa los objetivos del proceso de amparo, sin señalar restricción alguna a la posibilidad de acudir al mismo para la tutela de los derechos fundamentales.

Respecto a esta causal de improcedencia, el Código sólo señala que las otras vías procesales deben ser “igualmente satisfactorias” para la tutela de los derechos fundamentales, por lo que corresponde precisar los alcances de esta expresión. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha llegado a precisar los elementos que permiten identificar a otra vía procesal distinta del amparo como igualmente satisfactoria, lo cual deja mucho margen de duda sobre la correcta aplicación de esta norma.

El artículo 5º, inciso 2º, del Código fue aplicado por vez primera por el Tribunal Constitucional en el año 2005, a fin de determinar las controversias en materia laboral que correspondían ser vistas en un proceso de amparo y aquellas que debían ser analizadas en otros procesos judiciales. Se trató de la sentencia 206-2005-PA/TC (caso

César Baylón Flores)⁹², calificada por el Tribunal como precedente vinculante. En el fundamento 6 de esta decisión se señala lo siguiente sobre los alcances del citado artículo del Código:

[...] solo en los casos en que [las] vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.

En esta decisión, el Tribunal hizo una distinción entre los trabajadores que se rigen por el régimen laboral público (Decreto Legislativo 276) y los que se rigen por el régimen laboral privado (Decreto Legislativo 728) respecto a su pretensión de reposición en el empleo frente a un despido que consideraban contrario a la Constitución. Respecto a los trabajadores sujetos al régimen laboral privado señaló:

7. [Si] el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados [despido sin causa, despido nulo y despido fraudulento].

Respecto a los trabajadores del régimen laboral público, el Tribunal precisó:

⁹² Publicada el 22 de diciembre del 2005 en el diario oficial *El Peruano*.

21. [...] la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

22. [...] si en virtud de la legislación laboral pública (Decreto Legislativo N.º 276, Ley N.º 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N.º 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas.

El artículo 5º, inciso 2º, del Código también ha sido empleado por el Tribunal respecto a demandas sobre impugnación de actos administrativos de entidades estatales, en donde el análisis sobre la existencia de otras vías procesales para la tutela de los derechos no parte de premisas específicas, sino de apreciaciones generales, como las previstas en el citado precedente sobre temas laborales.

En conclusión, hasta el momento el Tribunal Constitucional no ha precisado las características que debe tener un proceso para que pueda ser considerado como igualmente satisfactorio para la tutela de los derechos fundamentales. Su jurisprudencia se ha limitado en señalar, a propósito de los casos concretos que se le presentan, si para resolverlos corresponde acudir al amparo o a otro proceso, siendo la más conocida su jurisprudencia sobre el amparo en materia laboral.

A efectos del presente trabajo, el análisis de esta causal de improcedencia es particularmente importante, por dos razones. En primer lugar, porque varias demandas de amparo son presentadas contra medidas administrativas del Estado, por lo que

algunos órganos jurisdiccionales podrían entender que en tales supuestos corresponde acudir al proceso contencioso-administrativo. En segundo lugar, también existen demandas dirigidas contra particulares o frente a amenazas, lo que obliga a evaluar si en tales circunstancias existe realmente una vía paralela para la protección del derecho al medio ambiente.

3.2.3.2 Amparo contra normas legales

3.2.3.2.1 Preliminar

Diversas entidades del Estado, pertenecientes al gobierno nacional o a los gobiernos locales y regionales, suelen emitir normas orientadas a la protección del medio ambiente, que por lo general implican la limitación de alguna actividad, especialmente de índole económica, supuesto en el cual las personas que consideran afectados sus derechos fundamentales, en particular personas jurídicas, presentan demandas de amparo con el objetivo de que se declaren inaplicables tales normas. Al resolver estas controversias, corresponde a los órganos jurisdiccionales evaluar si los fundamentos que sustentan las disposiciones impugnadas resultan acordes con la Constitución. Dado que se trata de una situación bastante frecuente, a continuación presentaremos algunos alcances relacionados con el amparo contra normas legales.

Al respecto, se debe señalar que el amparo contra normas legales puede presentarse en dos escenarios. En uno, la demanda se interpone contra un acto que se sustenta en una norma que se entiende como contraria a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. En el otro, la demanda se presenta directamente contra la norma, por

considerarse que ésta afecta de forma directa derechos fundamentales, sin que sea necesario esperar un acto concreto de aplicación de la misma, es decir, por entenderse que resulta autoaplicativa. En ambos casos, si el juez considera que la norma es incompatible con la Constitución, determina su inaplicación en uso de la potestad de control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas.

3.2.3.2.2 Experiencias comparadas

Sobre el amparo contra normas legales pueden plantearse diferentes posiciones o tesis. La primera es la tesis negativa, que niega la posibilidad de acudir a este proceso de forma directa contra una norma legal, sin que exista un acto concreto de aplicación de la misma. Como fundamento de esta tesis se suele señalar que el amparo es un mecanismo de protección de derechos frente a acciones u omisiones concretas y no frente a normas de alcance general; existiendo además vías específicas de control constitucional de las leyes, como el proceso de inconstitucionalidad. Sin embargo, se trata de una opción que actualmente es difícil de sustentar, debido a la obligación del Estado de brindar a todas las personas mecanismos de protección judicial de sus derechos fundamentales, los cuales pueden verse afectados como consecuencia de la aplicación de una norma legal. Además, el proceso de amparo es diferente del proceso de inconstitucionalidad, entre otros aspectos, respecto a los efectos de la decisión y el análisis para resolver el petitorio de la demanda.

En este sentido, lo más frecuente es encontrar en el derecho comparado opciones a favor de la tesis permisiva, sea en su variante moderada o amplia. Mediante la tesis permisiva moderada, se reconoce la posibilidad de acudir al amparo sólo contra actos basados en

normas, mas no contra éstas de forma directa. Por su parte, la tesis permisiva amplia permite el amparo directo contra normas o contra los actos de aplicación de las mismas.

La tesis permisiva moderada acepta el amparo contra normas, pero entendiendo como tal aquellos supuestos en que se demanda un acto lesivo concreto de aplicación de una norma que se considera contraria a la Constitución, correspondiendo al juez de la causa, si entiende que la norma contraviene el texto constitucional, hacer uso de su facultad de control difuso de la constitucionalidad de las normas e inaplicarla para el caso concreto, sin posibilidad de extender sus efectos hacia otros supuestos similares. Este es el caso, por ejemplo, de Colombia, en donde la norma que regula el proceso de amparo (conocido en este país como *acción de tutela*) señala lo siguiente (Decreto 2591, inciso 6° del artículo 29°): “Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto”.

Al pronunciarse sobre la procedencia de la acción de tutela contra normas legales, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado⁹³:

[...] puede suceder que el ataque contra el derecho fundamental o la amenaza que se cierne sobre él provengan de la aplicación que se haya hecho o se pretenda hacer de una norma -legal o de otro nivel- que resulta incompatible con la preceptiva constitucional. En esa hipótesis es indudable que surge la posibilidad de ejercitar en forma simultánea la llamada excepción de inconstitucionalidad (artículo 4° de la Constitución)⁹⁴ y la acción de tutela (artículo 86° de la Constitución), la primera con el objeto de que se

⁹³ Sentencia T-614/92, del 15 de diciembre de 1992.

⁹⁴ En Colombia, el control difuso a cargo de los jueces es conocido como excepción de inconstitucionalidad.

aplique la Constitución a cambio del precepto que choca con ella, y la segunda con el fin de obtener el amparo judicial del derecho.

Obsérvese, sin embargo, que la vigencia de la norma no se controvierte, ni tampoco se concluye en su inejecutabilidad o nulidad con efectos "erga omnes". Apenas ocurre que, con repercusión exclusiva en la situación particular, se ha desvirtuado la presunción de constitucionalidad; ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del tribunal competente que defina el punto por vía general.

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico constitucional de Colombia la acción de tutela no corresponde ser empleada en reemplazo de las acciones de inconstitucionalidad, nulidad o de cumplimiento de las normas (Ortiz 2006: 238).

Otros países que aceptan el amparo contra normas legales, pero en sentido moderado, son España y Argentina. En el primero, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España señala en su artículo 42° que el amparo sí procede contra las decisiones o actos sin valor de ley, por lo que en una interpretación a contrario no cabe emplear el amparo contra los actos parlamentarios con valor de ley, en otras palabras, no cabe un amparo directo contra normas. Sobre el caso argentino, especial atención merece la reforma constitucional efectuada en 1994, cuyo artículo 43° dispone que en el proceso de amparo “el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

De otro lado, la *tesis permisiva amplia* reconoce la posibilidad de presentar una demanda de amparo directamente contra una norma legal, sin necesidad de condicionar esta opción a que exista un acto concreto de aplicación de la misma, pero siempre que se acredite que la norma es de carácter autoaplicativa. En esta línea se encuentra México, en donde una interpretación del artículo 103° de su texto constitucional permite la presentación de demandas de amparo directamente contra leyes en tanto señala que

este proceso puede ser empleado para la resolución de controversias se originen por “por leyes o actos de autoridad que violen las garantías constitucionales”. En cuanto a esta opción, la Suprema Corte de México ha señalado:

Sólo procede el amparo pedido contra una ley, en general, cuando los preceptos de ella adquieren, por su sola promulgación, el carácter de inmediatamente obligatorios, por lo que pueden ser el punto de partida para que se consumen, posteriormente, otras violaciones de garantías. De no existir esta circunstancia, el amparo contra una ley en general, es improcedente [...]. Una ley es en sí misma impugnabile mediante la acción constitucional, cuando contiene un principio de ejecución que se realiza por su existencia misma, sin necesidad de actos posteriores de aplicación. (Burgoa 1971: 238)

La opción que se asuma en cada país sobre la procedencia del amparo contra normas legales depende del marco jurídico existente sobre este proceso. Existen al respecto hasta tres posibilidades:

La primera ocurre si la ley o la Constitución admiten explícitamente a ese amparo. Tal camino disipa las dudas y obliga a los interesados a poner en práctica el amparo con las modalidades que esa norma exija. La segunda posibilidad es si la ley o la Constitución rechazan el amparo contra leyes. Si bien esa prohibición emana de la Constitución, tampoco parece existir problema pendiente. En cambio, si surge de la ley ordinaria, puede suscitarse la discusión sobre la inconstitucionalidad de la norma prohibitiva del amparo contra leyes [...] La tercera alternativa se presenta si la ley regulatoria de la acción de amparo guarda silencio sobre el amparo contra leyes; o si no hay ley reglamentaria del amparo, donde el aludido silencio es obvio. En tal caso, corre a cargo de la doctrina juspublicista y de la jurisprudencia cubrir el vacío normativo y elaborar una norma –permissiva o prohibitiva- del amparo en cuestión. (Sagüés 1990: 6)

Corresponde ahora analizar la opción prevista en el ordenamiento jurídico peruano.

3.2.3.2.3 Desarrollo constitucional y legal

La Constitución de 1979 incorporó el proceso de amparo en el ordenamiento jurídico peruano, pero no contempló alguna norma relacionada con el inicio de este proceso contra normas legales, correspondiendo por tanto al legislador y a los tribunales decidir sobre si aplicar la tesis negativa o la permisiva.

En este sentido, la Ley N° 23506 (1982) estableció una disposición expresa (artículo 3°) relacionada con la procedencia del amparo contra actos lesivos sustentados en una norma incompatible con la Constitución, pero no estableció norma alguna relacionada con la presentación de demandas de amparo directo contra normas autoaplicativas. El citado artículo 3° señalaba: “Las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento”.

Con este marco legal, desde mediados de la década de los ochenta del siglo pasado se debatió intensamente en la doctrina nacional si procedía presentar una demanda de amparo directamente contra una norma legal, sin necesidad de que exista un acto concreto de aplicación de la misma. La jurisprudencia se inclinó por una respuesta positiva, pero únicamente para el caso de las denominadas normas autoaplicativas, es decir, aquellas que producen efectos directamente por sí mismas sin necesidad de que exista un acto concreto de ejecución, y siempre que a través de ellas se afectasen derechos fundamentales, presupuesto básico de las demandas de amparo. En el caso de las normas no autoaplicativas, se consideró que no procedía el amparo de manera

directa sino sólo respecto a los actos concretos en los que fuese aplicada, lo cual además era acorde con la legislación sobre la materia.

La Constitución de 1993 varió sustancialmente el debate en torno a este tema pues estableció expresamente la improcedencia de la demanda de amparo contra normas legales. Esta opción puede explicarse por la decidida intención del gobierno de turno de evitar toda posibilidad de control constitucional de las normas. Recordemos que el 5 de abril de 1992 el Tribunal Constitucional fue cerrado, que reinició sus actividades en 1996, pero que desde 1997 hasta el 2000 solo funcionó con cuatro integrantes, estando impedido –por falta de magistrados– de conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad contra normas. Si a lo expuesto agregamos el impedimento constitucional para presentar amparos contra normas legales autoaplicativas, queda clara la intención de eliminar las posibilidades de un eficaz control constitucional de las normas a cargo de las instancias jurisdiccionales del Estado.

Con posterioridad a este período y con un Tribunal Constitucional que volvió a la normalidad, la Constitución de 1993, en lo que respecta a la improcedencia de las demandas de amparo contra norma legales, fue objeto de una nueva interpretación, acorde con la protección judicial de los derechos fundamentales. En este sentido, como línea constante de interpretación, el Tribunal ha señalado⁹⁵:

[...] la procedencia de este instrumento procesal está supeditada a que la norma legal a la cual se imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una norma operativa o denominada también de eficacia inmediata, esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una

⁹⁵ Resolución 2308-2004-PA/TC (caso Agustín Mantilla Campos), del 14 de octubre del 2004, fundamento 7.

eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquiere su eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia.

En tal caso, y siempre que estas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo sí podrá prosperar, no solo porque, de optarse por una interpretación literal del inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Estado, se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario, sino, además, porque tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino con una orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho de obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de su pretensión.

Sobre este tema, debe advertirse que a fin de interpretar los alcances de la prohibición contenida en el artículo 200°, inciso 2°, de la Constitución, no es frecuente encontrar entre los argumentos del Tribunal Constitucional referencias a normas ni decisiones internacionales sobre la protección judicial de derechos fundamentales⁹⁶. Se trata de una omisión que no puede pasar desapercibida, especialmente si uno de los actos lesivos a dicho derecho lo constituye la existencia de normas que prohíben acudir a un proceso de amparo para la tutela de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

En consecuencia, conforme a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, el artículo 200°, inciso 2°, de la Constitución no debe ser entendido de forma literal ni como una prohibición absoluta, debiendo habilitarse la posibilidad de presentar una demanda de amparo contra normas legales en caso se trate de normas autoaplicativas, es decir, de normas que generan efectos inmediatos y lesionan derechos fundamentales, sin que se requiera que exista un acto concreto de aplicación de las mismas; entendiéndose, además, que la improcedencia prevista constitucionalmente sólo se refiere a las normas

⁹⁶ Cfr. Sentencias 3283-2003-AA (caso Taj Mahal Discoteque y otra) publicada el 16 de junio del 2004 y 2670-2002-AA (caso Cooperativa de Trabajo y Fomento del empleo Santo Domingo y otras), publicada el 4 de marzo del 2004.

heteroaplicativas, es decir, a aquellas que requieren un acto concreto de aplicación. En consecuencia, el citado artículo constitucional debe leerse en el sentido que no se permiten las demandas de amparo contra normas legales, salvo en el caso de las normas autoaplicativas que afecten derechos fundamentales. En el caso del amparo contra los actos lesivos sustentados en la aplicación de una norma, correspondía seguir lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 23506, que todavía estuvo vigente en los primeros diez años de la nueva Constitución.

El Código Procesal Constitucional del 2004 no estableció ninguna novedad sobre el amparo contra normas legales. Si bien el texto original del artículo 3° del Código abordó esta materia, únicamente se refería al supuesto del amparo contra el acto de aplicación de una norma, estableciendo lo siguiente: “Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma”. Se trataba, en consecuencia, de un texto similar sobre la materia al previsto en la legislación procesal anterior (artículo 3° de la Ley 23506).

Sobre el amparo directo contra normas, el Código no estableció regulación alguna, por lo que el marco normativo de esta materia seguía estando compuesta por lo dispuesto en la Constitución, interpretada conforme a los lineamientos del Tribunal Constitucional, que continuó sin mayor variación.

Con el transcurso de los años, los fundamentos empleados por el Tribunal para delimitar los supuestos en que procede un amparo contra normas fueron perfeccionándose. En

este sentido, sobre los alcances del amparo contra actos de aplicación de normas legales ha señalado⁹⁷:

46. Con relación al [...] supuesto referido a la procedencia de procesos de amparo contra actos basados en la aplicación de un ley, se ha establecido que, en la medida de que se tratan de normas legales cuya eficacia y, por tanto, eventual lesión, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, su procedencia ha de responder a los criterios que se indican a continuación.

47. Por un lado, si se trata de una alegación de amenaza de violación, ésta habrá de ser cierta y de inminente realización. Cierta, ha dicho este Tribunal, quiere decir, posible de ejecutarse tanto desde un punto de vista jurídico, como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea de “inminente realización”, este Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo, es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación; y, de otro lado, tratándose de la alegación de violación, tras realizar actos de aplicación concretos sustentados en una ley, como sucede en cualquier otra hipótesis del amparo, es preciso que éstos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

Respecto al amparo directo contra normas autoaplicativas, el Tribunal ha señalado⁹⁸:

44 [...] la procedencia de este instrumento procesal está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una norma operativa o denominada también de eficacia inmediata, esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia.

45. En tal caso, y siempre que estas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo sí podrá prosperar, no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Perú se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario; sino, además, porque tratándose de una limitación del derecho de acceso a la

⁹⁷ Sentencia 5719-2005-PA (caso Pesquera Mistral S.A.), publicada el 18 de enero del 2006.

⁹⁸ Sentencia 5719-2005-PA (caso Pesquera Mistral S.A.), publicada el 18 de enero del 2006.

justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva; sino con una orientación estrictamente restrictiva; esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de su pretensión.

Con esta nueva interpretación del Tribunal se ha buscado garantizar la protección de derechos en casos donde efectivamente se constata que una norma legal los afecta de manera directa, sin que sea necesario un acto concreto de aplicación. Así ha sucedido, por ejemplo, en demandas interpuestas contra normas que restringían la circulación de determinados vehículos, sustentadas en la necesidad de proteger diversos bienes constitucionales, entre ellos el medio ambiente. El siguiente caso resuelto por el Tribunal Constitucional es ilustrativo al respecto⁹⁹:

En el caso concreto, la actora cuestiona el Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC, el que, según alega, retrotrae al año 1995 la prohibición de utilizar ómnibus carrozados sobre chasis de camión, resultando por ende autoaplicativo, pues no se encuentra condicionado a la realización de algún tipo de acto. [...]

El artículo 1º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC establece “Precísese que la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de personas se encuentra prohibida por el artículo 11º del Decreto Supremo N.º 022-2002-MTC, en vigencia desde el 20 de mayo del 2002”.

Por su parte, el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 006-2004-MTC establece “Precísese que la prestación del servicio de transporte interprovincial de personas en ómnibus carrozados sobre chasis de camión se encuentra expresamente prohibida desde el 16 de abril de 1995, fecha en que entró en vigencia el Reglamento del Servicio Público de Transporte Interprovincial de Pasajeros por Carretera en Ómnibus (...).

Respecto de la naturaleza de las normas impugnadas, este Tribunal concuerda con lo alegado por la recurrente, en la medida en que se trata de normas operativas o denominadas también de eficacia inmediata; esto es, aquellas que están dirigidas a destinatarios específicos y cuya aplicabilidad no se encuentra sujeta a la realización de

⁹⁹ Sentencia 1535-2006-PA (caso Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.), publicada el 11 de febrero del 2008.

algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquieren su eficacia plena en el mismo momento en que entran en vigencia.

Este ejemplo sobre normas que prohíben una determinada actividad permite reflexionar también sobre la extensión que se ha dado al concepto de norma autoaplicativa. A nuestra consideración, los casos en que realmente nos encontramos ante una norma de este tipo, que de forma directa afectan derechos fundamentales, son pocos. Lo que ha ocurrido principalmente es una mala aplicación, incluso por parte del propio Tribunal, de los supuestos en que corresponde admitir este tipo de demandas.

Ello se puede confirmar al revisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los diversos casos de amparo contra normas legales, la mayoría presentada contra la amenaza de aplicación de una norma autoaplicativa, lo cual demuestra una contradicción, pues si se alega que una norma por sí sola afecta derechos, es difícil imaginar que pueda existir una amenaza de aplicación. Sin embargo, por lo general el Tribunal señala que sí procede una demanda de amparo contra la amenaza de aplicación de normas autoaplicativas, pues entiende que se concretan los requisitos de certeza e inminencia. En este sentido, suele señalar que la amenaza es cierta porque la norma impugnada existe y está vigente, y que la amenaza es inminente porque en algún momento se va a aplicar. Se trata de un argumento que no compartimos, pues si una norma es autoaplicativa, genera desde su vigencia la afectación de derechos, por lo que sería contradictorio argumentar que procede un amparo por su futura aplicación.

3.2.3.2.4 Problemas identificados y reforma al Código Procesal Constitucional

Los problemas originados por la indiscriminada presentación de demandas de amparo contra normas legales encuentran su manifestación más clara en dos casos muy conocidos: los amparos contra el marco legal sobre el funcionamiento de casinos y máquinas tragamonedas y contra las normas que prohíben la importación de autos usados.

Contra el marco legal que regula el funcionamiento de los casinos y máquinas tragamonedas se presentaron diversas demandas de amparo, las cuales fueron declaradas fundadas en el Poder Judicial. Con posterioridad a muchas de estas decisiones el Tribunal Constitucional fijó su posición sobre ese marco legal señalando que resultaban compatibles con la Constitución; pero a pesar de ello las demandas de amparo continuaron y las medidas cautelares y sentencias estimatorias también, ordenándose la no aplicación de las normas cuestionadas. Estos problemas dieron lugar a las primeras modificaciones al Código Procesal Constitucional.

Dado que el Poder Ejecutivo buscaba afrontar el problema de los amparos directos contra las normas legales que regulaban el funcionamiento de casinos y máquinas tragamonedas, presentó un proyecto de reforma al artículo 3° del Código, el cual fue aprobado con el Congreso y promulgado mediante la Ley N° 28946, publicada el 24 de diciembre del 2006, en los siguientes términos:

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia

que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas.

Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En estos casos, los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular.

La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.

La lectura del texto vigente del artículo 3° del Código da lugar a varias observaciones:

- Se centra en regular el amparo directo contra normas legales autoaplicativas, dejando de lado el tema del amparo contra los actos de aplicación de una norma.
- Define a las normas autoaplicativas como “aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada”. A pesar de ello, admite la posibilidad de que se presente una demanda contra su amenaza de aplicación.
- Establece un procedimiento de revisión de las decisiones del Poder Judicial donde se inapliquen las disposiciones impugnadas en uso de la facultad de los jueces de control difuso de la constitucionalidad de normas. Dicho proceso implica la

intervención de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia y no del Tribunal Constitucional.

La decisión del Poder Ejecutivo de hacer frente al problema de los amparos contra la legislación sobre casinos y máquinas tragamonedas no concluyó con la aprobación de esta ley, pues a la par había presentado una demanda de conflicto de competencias contra el Poder Judicial, con el fin de dejar sin efecto las resoluciones judiciales que inaplicaban las normas dictadas sobre la materia. En una decisión bastante polémica, el Tribunal declaró fundada la demanda y dejó sin efecto diversas resoluciones judiciales¹⁰⁰.

El segundo problema serio referido al amparo contra normas legales se ha dado a propósito de los procesos iniciados directamente contra las normas que prohíben la importación de autos usados, medida adoptada con la finalidad de proteger, entre otros, el derecho al medio ambiente, tema sobre el cual regresaremos en un capítulo posterior, cuando analicemos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Aquí corresponde señalar que respecto a este tema se presentó una situación similar a la descrita anteriormente¹⁰¹.

En perspectiva, los objetivos que se buscaron a través de la reforma al Código respecto al amparo contra normas legales no se han alcanzado. Tampoco ha sido suficiente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Todo ello demuestra los límites de las fuentes formales del derecho para resolver un problema que tiene su origen en otros

¹⁰⁰ Sentencia 6-2006-PC, sobre el conflicto competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial respecto a los casinos y máquinas tragamonedas, publicada el 23 de marzo del 2007.

¹⁰¹ Sentencia 001-2010-CC/TC, sobre el conflicto competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial respecto a la importación de autos usados, publicada el 12 de agosto del 2010.

factores, principalmente la mala actuación de los operadores jurídicos involucrados, en particular los abogados litigantes que presentan este tipo de demandas y los jueces que resuelven en contra de lo dispuesto en el Código y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque en el caso concreto del amparo contra normas autoaplicativas, ha sido su jurisprudencia la que ha promovido la interposición de este tipo de demandas.

3.2.3.3 Amparo contra resoluciones judiciales

La posibilidad de cuestionar una resolución judicial a través de un proceso de amparo es uno de los temas que mayor polémica ha suscitado en el derecho procesal constitucional. Los argumentos a favor parten de la necesidad de no dejar exento de control cualquier acción estatal en la que se presume la afectación de un derecho fundamental; pero, para no convertir al amparo en una instancia de revisión de las decisiones judiciales, supeditan su ejercicio a determinados requisitos. Los argumentos en contra han estado centrados principalmente en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la cosa juzgada. Respecto a este tema se ha señalado:

[...] no es de extrañar que [la] conducta procesal propia del activismo judicial sea objeto de controversia; debido a que, esta corriente jurisprudencial puede terminar suplantando la actuación procesal ordinaria por una actuación procesal constitucional sin límites o con límites discrecionales muy difusos. Pero la solución a los excesos no se resuelve asumiendo una conducta jurisprudencial de autolimitación, sino revisando la actuación procesal ordinaria, cuando sea oportuna y necesaria, incluso hasta sus últimas consecuencias, en aras de tutelar o no el derecho fundamental demandado en vía de amparo. (Landa 2007: 224)

La mención a este tema en el presente trabajo obedece a que se han identificado casos en los cuales se han presentado demandas de amparo contra lo resuelto en otro proceso

de amparo en sentido favorable a la protección del derecho al medio ambiente –una modalidad del amparo contra resoluciones judiciales.

3.2.3.3.1 Ámbito de protección: derechos de índole procesal o derechos fundamentales en general

Las opciones respecto al amparo contra resoluciones judiciales son diversas. La más extrema es la que niega la posibilidad de iniciar un proceso constitucional con este objetivo (conocida como la *tesis negativa*), que es poco frecuente en el derecho comparado, pues incluso en aquellos países que han optado por esta alternativa a nivel constitucional o legislativo, los órganos jurisdiccionales han establecido excepciones, sustentadas en la necesidad de garantizar el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, o posteriormente se han llevado a cabo las modificaciones normativas orientadas a permitir el amparo contra resoluciones judiciales.

Al respecto se puede citar el caso del Ecuador, cuyo texto constitucional de 1998, disponía en su artículo 95° que no eran susceptibles de amparo “las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”. La Constitución actual del Ecuador, del año 2008 varía la tendencia y establece una modalidad de amparo, al cual denomina “acción extraordinaria de protección”, orientada a ser empleada ante resoluciones judiciales que afecten derechos fundamentales. Al respecto precisa que la demanda respectiva será interpuesta ante la Corte Constitucional –una modalidad de amparo directo- y que sólo procede una vez que se hayan agotado los mecanismos ordinarios de impugnación de la resolución lesiva de derechos. En este sentido, el artículo 94° del texto constitucional

ecuatoriano reconoce este mecanismo de defensa de derechos con la siguiente redacción:

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Una situación particular se presenta en Argentina, cuya legislación procesal (Ley N° 16986, artículo 2°, inciso b) dispone que el amparo no procede cuando “el acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial”. Sin embargo, dado que a través de la reforma constitucional de 1994 se estableció que el amparo puede ser presentado contra cualquier autoridad pública, se puede interpretar que la citada legislación ha quedado derogada.

La otra opción es permitir la presentación de demandas de amparo contra resoluciones judiciales pero estableciendo determinados criterios para su procedencia (*tesis permisiva*), relacionados con los derechos cuya tutela puede invocarse, el tipo de resoluciones que pueden ser impugnadas, las vías previas que deben agotarse e incluso el órgano competente para conocer este tipo de demandas.

A efectos del presente trabajo, interesa hacer referencia a los derechos que pueden ser invocados para la presentación de una demanda de amparo contra resoluciones judiciales. En este sentido, una alternativa es considerar que en estos casos el amparo sólo protege derechos relacionados con la tutela procesal efectiva y el debido proceso

(*tesis permisiva restringida*); otra es considerar que el amparo procede para la protección de cualquier derecho fundamental que pueda verse afectado mediante una resolución judicial (*tesis permisiva amplia*).

Como en anteriores oportunidades, el caso de Colombia ofrece importantes perspectivas de análisis. En este país, la posibilidad de cuestionar una resolución judicial a través de una acción de tutela estaba prevista en las normas de desarrollo legal de la institución¹⁰². Sin embargo, estas disposiciones fueron desde un inicio objeto de severas críticas, principalmente por parte de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Las demandas de inconstitucionalidad en su contra no se hicieron esperar.

La sentencia de la Corte Constitucional al respecto fue polémica¹⁰³. En ella se consideró contraria a la Constitución la autorización para iniciar una acción de tutela contra una resolución judicial. Sin embargo, se estableció una excepción para el caso de las resoluciones que sean el resultado de una *vía de hecho*. A través de su jurisprudencia la Corte ha precisado que esta situación se presenta “cuando un juez adopta [una providencia judicial] contrariando ostensiblemente el contenido y voluntad de la ley o desconociendo ritualidades cuya observancia consagra una garantía del derecho de defensa de las partes en el proceso”¹⁰⁴. Para que proceda la acción de tutela contra resoluciones judiciales la Corte Constitucional ha señalado que, además, se deben observar los siguientes requisitos¹⁰⁵:

¹⁰² El artículo 40° del Decreto 2591 de 1991 señalaba: “La acción de tutela contra [...] providencias judiciales sólo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutoria, se hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso procedente”.

¹⁰³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-543/92, del 1 de octubre de 1992.

¹⁰⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-175/94, del 11 de abril de 1994.

¹⁰⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-327/94, del 15 de julio de 1994.

- a) Que la conducta del agente carezca de fundamento legal;
- b) Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial;
- c) Que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera grave e inminente, y
- d) Que no exista otra vía de defensa judicial, o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado.

Aplicando estos criterios, la Corte Constitucional de Colombia ha revocado en diversas oportunidades resoluciones judiciales y ha podido “controvertir los pronunciamientos de los jueces vertidos en sentencias o en actos intermedios cuando el juez o el tribunal y la Alta Corte correspondiente actúan por fuera de sus competencias o desconocen el contenido sustancial de las disposiciones constitucionales relacionadas con los derechos fundamentales” (Ortiz 2006: 239).

En el caso del Perú, la Constitución de 1993 (artículo 200º, inciso 3º) señala de forma expresa que no procede el amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un *procedimiento regular*. Se trata de una causal de improcedencia prevista en la legislación procesal anterior al Código (Ley N° 23506, artículo 6º inciso 2º), que posteriormente fue incluida en el texto constitucional. Sobre el concepto de procedimiento regular, el Tribunal Constitucional ha establecido una línea jurisprudencial reiterada¹⁰⁶:

¹⁰⁶ Como ejemplo se puede citar la sentencia 99-95-AA/TC, del 13 de agosto de 1997.

[...] el proceso judicial regular se expresa cuando se manifiestan los elementos esenciales del debido proceso entre otros; el debido emplazamiento, el derecho a “ser oído”, el uso de recursos impugnatorios permitidos por ley, la actuación de pruebas pertinentes en su oportunidad, el acceso a la doble instancia, la debida motivación y fundamentación de las resoluciones .

Una interpretación a contrario de la norma constitucional que prohíbe el amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular, acorde con la jurisprudencia del Tribunal, conduce a señalar que este proceso sí procede contra aquellas resoluciones judiciales expedidas en el marco de un proceso irregular, es decir, cuando en éste no se han respetado las garantías del debido proceso. Así ha ocurrido, por ejemplo, cuando se ha presentado amparos contra sentencias judiciales expedidas sin que a una de las partes en el proceso se le haya notificado judicialmente la demanda en su contra, impidiéndose de esa forma que pueda preparar y presentar sus respectivos argumentos de defensa¹⁰⁷. De forma complementaria, y a fin de evitar que el amparo sea empleado como un mecanismo adicional de impugnación de resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha dejado claramente establecido como línea jurisprudencial lo siguiente¹⁰⁸:

[El amparo] no es un proceso judicial a través del cual se pueda enervar la validez de resoluciones judiciales dictadas al interior de un proceso judicial, como tampoco constituye un proceso judicial, por de alguna manera llamarlo así, casatorio, donde los jueces constitucionales puedan ingresar a evaluar las razones de hecho y de derecho que los llevaron a expedir una resolución judicial, dado que su objeto primario es la defensa de los derechos constitucionales que, por acción u omisión, puedan resultar vulnerados o amenazados de vulnerarse.

¹⁰⁷ Sentencia 612-98-AA/TC, del 9 de abril de 1999.

¹⁰⁸ Sentencia 22-96-AA/TC, del 6 de noviembre de 1998.

El Código Procesal Constitucional (2004), aborda en su artículo 4° el tema del amparo contra resoluciones judiciales desde una perspectiva diferente a la legislación anterior. En primer lugar, no desarrolla el tema en el artículo correspondiente a las causales de improcedencia, como ocurría en la legislación anterior, sino que establece la posibilidad de interponer una demanda contra lo resuelto en una resolución judicial para la protección de la tutela procesal efectiva, señalando de manera enunciativa los derechos que forman parte de la misma. Aparte de ello, dispone que la demanda contra una resolución judicial solo procede contra resoluciones judiciales firmes. En este sentido, si la resolución que se impugna no es firme o el derecho invocado no forma parte de la tutela procesal efectiva, la demanda respectiva debe ser declarada improcedente. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4° del Código se entiende por tutela procesal efectiva:

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

Los derechos protegidos a través del amparo contra resoluciones judiciales han sido ampliados por el Tribunal Constitucional a partir del año 2006, pues ha señalado que no sólo procede para cuestionar una resolución judicial por haberse afectado la tutela

procesal efectiva, sino en todo caso donde se haya afectado cualquier derecho fundamental. Al respecto ha establecido¹⁰⁹:

[...] una interpretación del segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución bajo los alcances del principio de unidad de la Constitución, no puede concluir sino con la afirmación de que la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales comprende a todos y cada uno de los derechos fundamentales que se puedan encontrar reconocidos, expresa o implícitamente, por la Norma Suprema. En su seno, los jueces constitucionales juzgan si las actuaciones jurisdiccionales de los órganos del Poder Judicial se encuentran conformes con la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De modo que la calificación de regular o irregular de una resolución judicial, desde una perspectiva constitucional, depende de que éstas se encuentren en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales.

Este nuevo enfoque podría implicar, por ejemplo, que si del contenido de una resolución judicial se interpreta que puede afectar el derecho al medio ambiente, tal situación podría ser cuestionada a través del proceso de amparo.

La tendencia por reconocer la posibilidad de presentar una demanda de amparo contra resoluciones judiciales por afectación de cualquier derecho fundamental, y no sólo los de naturaleza procesal, también ha sido admitida en España. En este país, dado que “ninguna restricción al respecto figuraba ni en la Constitución, ni en la LOTC [...] el Tribunal [Constitucional] entendió desde sus comienzos que cualquier derecho fundamental protegido en amparo podía basar un recurso de amparo contra actos judiciales” (Pérez Tremps 2004: 113).

¹⁰⁹ STC 3179-2004-PA (caso Apolonia Ccollcca Ponce), publicada el 28 de octubre del 2006 en el diario oficial *El Peruano*.

3.2.3.3.2 Amparo contra amparo

Una modalidad del amparo contra resoluciones judiciales lo constituye el amparo contra amparo, supuesto respecto al cual existen posiciones a favor y en contra. En sentido favorable se ha señalado:

[...] hemos sido reacios o, cuando menos, muy cautos cuando se trata de admitir la procedencia del amparo contra la resolución judicial final dictada en otro proceso de amparo. Sin embargo, estamos convencidos que su utilización debe permitirse en casos excepcionales, donde esté claro que nos encontramos ante una manifiesta violación del debido proceso, a fin de no convalidar decisiones judiciales arbitrarias y carentes de razonabilidad. Negar su procedencia, en tales circunstancias, supondría condenar al justiciable no sólo a aceptar una decisión injusta y resignarse a la indefensión, sino que implicaría asignarle al órgano jurisdiccional un papel pasivo y complaciente que no se condice con la función que le corresponde en un Estado de Derecho. (Eguiguren 2002: 232)

De otro lado, en contra de admitir el amparo contra lo resuelto en otro amparo se ha señalado:

[...] el amparo constituye el último mecanismo jurídico contra la arbitrariedad a nivel interno. Empero, si el justiciable se siente afectado en sus derechos por dicho proceso constitucional ¿deberá habilitarse nuevamente el amparo?

Creemos que la respuesta debe ser negativa, consideramos que reconocer una nueva posibilidad al justiciable sería ingresar a una cadena sin fin de procesos constitucionales. Ello ocasionaría que la balanza (entre) la seguridad jurídica y justicia se vea totalmente desequilibrada y la justicia constitucional a la que aspiramos dejaría lugar a una crisis del proceso.

El proceso de amparo, reiteramos, es el último remedio interno contra la arbitrariedad. Luego de ello solo cabe acudir a la jurisdicción supranacional. (Abad 2008: 392)

En el derecho comparado el tema ha dado lugar a diversas tendencias jurisprudenciales. Así por ejemplo, en Colombia se aceptó en un primer momento la tutela contra tutela (denominación del amparo contra amparo), pero luego, a partir de un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, dicha opción ha sido dejada de lado, bajo el siguiente argumento¹¹⁰:

7.3 [...] de aceptarse que la tutela procede contra sentencias de tutela ésta perdería su efectividad como mecanismo de acceso a la justicia para amparar los derechos fundamentales. El derecho a acceder a la justicia no comprende tan sólo la existencia formal de acciones y recursos sino ante todo que las personas puedan obtener de los jueces una decisión que resuelva las controversias jurídicas conforme a derecho. Si la acción de tutela procediera contra fallos de tutela, siempre sería posible postergar la resolución definitiva de la petición de amparo de los derechos fundamentales, lo cual haría inocua esta acción y vulneraría el derecho constitucional a acceder a la justicia. La Corte Constitucional tiene la misión institucional de impedir que ello ocurra porque lo que está en juego no es nada menos que la efectividad de todos los derechos constitucionales, la cual quedaría indefinidamente postergada hasta que el vencido en un proceso de tutela decidiera no insistir en presentar otra tutela contra el fallo que le fue adverso para buscar que su posición coincidiera con la opinión de algún juez. En este evento, seguramente el anteriormente triunfador iniciará la misma cadena de intentos hasta volver a vencer.

Con relación a esta posición asumida por la Corte Constitucional de Colombia se ha señalado:

Si bien se llegó a admitir por la Corte la procedencia de la tutela contra tutela, desde la SU-1219/01 se cerró tal vía de garantía del debido proceso en materia de tutela al analizar la particularidad que tiene el proceso de tutela frente a los procesos ordinarios, la cual es el proceso de selección para revisión.

¹¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional SU-1219/01, del 21 de noviembre del 2001.

Según la sentencia de unificación, este mecanismo es la herramienta mediante la cual la Corte puede actuar como garante de los derechos fundamentales en todas las situaciones frente a las cuales se acude a la tutela, que incluye el respeto al debido proceso en el trámite de la tutela. De este proceso hace parte la posibilidad de presentar solicitud de insistencia si se considera que la Corte dejó de seleccionar un caso que sí debía ser escogido; al final, algunos procesos serán seleccionados, otros no, según el estudio de cada caso, pero frente a unos y otros su paso por la Corte constituye el mecanismo de cierre que conlleva la cosa juzgada constitucional. (López Cuéllar 2002: 165)

A través de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano ha admitido la posibilidad de interponer una demanda de amparo contra lo resuelto en otro amparo. Esta tendencia jurisprudencial pretendió ser dejada de lado por el Código Procesal Constitucional, pues en el artículo 5°, inciso 6°, dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando “se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional”. Sin embargo, con posterioridad a la emisión del Código, el Tribunal se ha ratificado en su línea jurisprudencial sobre la materia, dictando incluso un precedente vinculante por medio del cual precisa las características y presupuestos del amparo contra amparo. Nos referimos a la sentencia 4853-2004-PA, publicada el 22 de mayo del 2007, mediante la cual se ha establecido que esta modalidad de amparo procede cuando: a) una sentencia estimatoria en un proceso de amparo afecta derechos fundamentales, b) una sentencia estimatoria es expedida en contra de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, c) una sentencia denegatoria afecta derechos de terceros que no han intervenido en el proceso, y d) una sentencia denegatoria afecta derechos del recurrente que no ha podido interponer el respectivo recurso de agravio constitucional. A estos supuestos debe agregarse la posibilidad de presentarse un amparo cuando una sentencia es expedida en contra de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional, lo cual es acorde con la revocatoria

del fundamento 40 de la sentencia 4853-2004-PA, efectuada mediante la sentencia 3908-2007-PA (caso Provías Nacional), publicada el 8 de enero del 2009.

En cuanto a los aspectos procesales, en la misma sentencia que venimos reseñando se ha señalado que no procede una demanda de amparo contra una resolución del Tribunal Constitucional y que las nuevas demandas de amparo no deben ser conocidas por los órganos jurisdiccionales que conocieron el primer amparo¹¹¹.

3.2.3.4 Agotamiento de vías previas

Las vías previas están constituidas por los recursos o mecanismos a través de los cuales se pueda revisar, modificar o revocar el acto que lesiona o amenaza un derecho fundamental, a los cuales corresponde acudir antes de dar inicio a un proceso constitucional. En este sentido se afirma:

Las vías previas [...] son los procedimientos a efectuarse tanto en el ámbito administrativo estatal como dentro del ordenamiento no administrativo estatal, o sea, en el ámbito de la actividad privada. Es preciso que se encuentren totalmente agotados todos los procedimientos previos, de tal manera que el debate dentro de la competencia, administrativa, sea pública o privada, esté totalmente terminado, y el hecho que dará motivo a la acción de amparo se encuentre resuelto definitivamente y [de modo] firme. No se encuentra totalmente agotado el procedimiento previo si solo se hizo en parte, o se omitieron defensas, recursos, pruebas, o cualquier otro derecho que, en defensa de su pretensión, pudo el afectado invocar, sostener, debatir y probar. Pensamos, además, que no se podrá alegar en el amparo aquello que no se planteó y debatió en el procedimiento previo. (Lazzarini 1967: 107)

¹¹¹ Como suele ocurrir, a propósito de un caso concreto el Tribunal dejó de lado la prohibición de presentar una demanda de amparo contra sus propias resoluciones. En este sentido, en la sentencia 3569-2010-PA/TC (caso Agrícola Cerro Prieto S.A.C), publicada el 18 de mayo del 2011, el Tribunal declaró fundada la demanda interpuesta contra su sentencia 5614-2007-PA/TC y precisó sus efectos.

A favor de exigir al agotamiento de las vías previas se argumenta que, antes de iniciar un proceso constitucional, debe buscarse la protección del derecho amenazado o vulnerado en las vías que el ordenamiento jurídico de cada país contempla para tal efecto, con lo cual no sólo se garantiza el carácter excepcional de los procesos constitucionales, sino que principalmente se le da la oportunidad a la persona afectada en sus derechos de acudir a vías que le pueden permitir una protección más expeditiva, y a la autoridad estatal o particular la posibilidad de revertir su conducta. Al respecto se ha señalado:

El fundamento que suele utilizarse para obligar al afectado a agotar las vías previas, descansa en: a) la propia naturaleza del proceso de amparo, es decir, su carácter de remedio extraordinario; b) evitar una sobrecarga de procesos ante los órganos jurisdiccionales, y c) brindar a la Administración la posibilidad de rectificar su actuación, constituyéndose de esta manera en un privilegio que le permite revisar el acto lesivo antes de que el particular pueda acudir al órgano jurisdiccional. (Abad 2008: 272)

En experiencias comparadas, como el caso de México, la exigencia de agotar las vías previas se sustenta en el denominado principio de definitividad del acto reclamado, el cual “encuentra su justificación en el hecho de que, al tratarse de un medio extraordinario de defensa de carácter constitucional, el quejoso debe, previamente a su promoción, acudir a las instancias que puedan producir la insubsistencia del acto de autoridad que le produce afectación, salvo los casos de excepción previstos legal y jurisprudencialmente” (Martínez Andreu 2011: 690)

En contra de exigir el agotamiento de las vías previas se argumenta que restringe el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales. Asimismo, las

discrepancias entre las partes del proceso sobre si se agotó la vía previa perjudica el desarrollo de los procesos constitucionales dentro de plazos razonables.

Corresponde a la legislación de cada país determinar si es necesario acudir a las vías previas antes de iniciar un proceso constitucional, si no hacerlo constituye una causal de improcedencia de las demandas y si existen excepciones al respecto.

Por lo general, los recursos considerados como vías previas son los previstos para impugnar las decisiones de los entes administrativos, pero también se consideran como tales los recursos previstos para cuestionar una decisión emitida al interior de una organización privada, e incluso aquellos procesos previstos para resolver en sede jurisdiccional la afectación a un derecho constitucional. A continuación presentamos algunos alcances generales sobre estos tres tipos de vías previas.

3.2.3.4.1 Vías previas administrativas

En las instituciones del Estado, las vías previas están constituidas por los recursos previstos para impugnar decisiones administrativas y, por lo general, se emplean en el marco de un procedimiento administrativo. Estas son las vías previas que han merecido mayor atención respecto a la procedencia de las demandas de tutela de derechos a través de los procesos constitucionales. En Argentina, la legislación sobre el proceso de amparo (Ley 16.986, artículo 2°, inciso a) establece que la demanda respectiva no será admisible cuando “existan recursos o remedios [...] administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional que se trate”.

Es importante anotar que no todos los sistemas exigen la necesidad de agotar las vías administrativas de reclamación para iniciar un proceso de amparo. Este es el caso de Colombia, en donde no es necesario culminar un procedimiento administrativo para presentar la acción de tutela. En este sentido, la legislación sobre la materia (Decreto 2591, artículo 9º) dispone: “No será necesario interponer previamente la reposición u otros recursos administrativos para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela”. Respecto a esta norma, la Corte Constitucional de este país ha señalado¹¹²:

Con el objeto de asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, la Constitución consagra la acción de tutela condicionando su ejercicio a la no disponibilidad de otros medios de defensa judicial. Los recursos de la vía gubernativa no son medios de defensa judicial a disposición del afectado, sino mecanismos de control de la legalidad de las propias actuaciones administrativas. Por ello la norma que regula la acción de tutela no supedita su interposición al agotamiento de la vía gubernativa.

En el Perú, la legislación procesal constitucional ha centrado su atención en las vías previas administrativas, estableciendo como regla la necesidad de agotarlas antes de dar inicio a un proceso de amparo, pero a su vez reconociendo algunas excepciones. En este sentido, la legislación anterior al Código (Ley N° 23506, artículo 27º) señalaba que sólo procedía el amparo “cuando se hayan agotado las vías previas”. Asimismo, se habilitó a los jueces para rechazar de plano la demanda en caso se identificara esta causal de improcedencia (Ley N° 25398). El Código Procesal Constitucional ha mantenido estos lineamientos generales, al disponer en su artículo 5º, inciso 4º, que no proceden los procesos constitucionales cuando “no se hayan agotado las vías previas, salvo en los

¹¹² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-420/93, del 6 de octubre de 1993.

casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus”. Las excepciones a las que hace referencia esta norma se encuentran en el artículo 46° del Código.

En caso no se obtenga a nivel administrativo una respuesta que modifique o revoque el acto que lesiona un derecho constitucional, existe la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado. Con el objetivo de conocer las impugnaciones contra los actos de la administración, algunos sistemas contemplan el proceso contencioso administrativo u otro similar; con los cuales el amparo se relaciona de manera subsidiaria o alternativa, dependiendo de la opción asumida en cada país sobre las características de esta institución.

A efectos del presente trabajo interesa resaltar que, conforme se han ido estableciendo mecanismos de protección del medio ambiente a través de diversas entidades administrativas, corresponde a la jurisprudencia constitucional precisar si antes de acudir al amparo para la tutela del derecho al medio ambiente, corresponde agotar una vía previa, especialmente cuando se trata de decisiones de la administración que pudieran perjudicar este derecho.

3.2.3.4.2 Vías previas en instituciones privadas

La necesidad de agotar las vías previas también se exige a nivel de las organizaciones privadas. En estos casos las vías previas están constituidas por aquellos medios a través de los cuales una persona puede cuestionar el acto emitido por la organización que lesiona sus derechos constitucionales. Para tal fin, el afectado habrá de examinar las normas internas de la institución a fin de constatar si tales medios existen, sin que sea

una obligación de la corporación establecer dentro de sus estatutos o reglamentos internos un mecanismo para tal fin. En este sentido, “los procedimientos consignados por las personas corporativas privadas para resolver las peticiones o reclamos de sus miembros, dentro de la esfera de su vida social, son también vía previa, siempre que dicha persona englobe dentro de sus afiliados o dentro de sus miembros a quien es perjudicado por la acción que se imputa” (Borea 2000: 315).

En el Perú, la legislación procesal constitucional no contempla una norma que regule el tema de las vías previas en el ámbito de las organizaciones privadas; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto y establecer como regla la necesidad de agotar tales vías antes de acudir al proceso de amparo.

Ante la decisión final que emita una entidad privada, habrá de tomarse en consideración la relación entre el proceso de amparo y los otros procesos previstos para la protección de los derechos fundamentales, a fin de determinar la vía a acudir. Del mismo modo, habrá de observarse la forma en que cada ordenamiento ha previsto la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra particulares.

3.2.3.4.3 Vías previas judiciales

Las vías previas judiciales se encuentran constituidas por los procesos en sede judicial a los cuales puede acudirse para proteger un derecho fundamental.

En España, para presentar el respectivo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, se requiere, de forma previa, el agotamiento de los procesos judiciales

ordinarios a través de los cuales se pueda proteger el derecho afectado. En este sentido, el artículo 53°, inciso 2°, de la Constitución de 1978 señala: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo [de la Constitución] ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. En desarrollo de esta disposición constitucional, el artículo 43°, inciso 1°, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala:

Las violaciones de los derechos y libertades [...] originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente.

Respecto a la opción asumida en España se ha señalado:

[La] Constitución española, en su art. 53, configura una doble protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y un procedimiento especial ante los tribunales ordinarios basado en los principios de preferencia y sumariedad, que ha venido siendo llamado en la doctrina *recurso de amparo ordinario o judicial*, para distinguirlo del anterior, denominado *recurso de amparo constitucional*.

Se ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones que los problemas actuales del recurso de amparo constitucional son, esencialmente, dos: a) el planteado por el excesivo número de recursos, muchas veces escasamente fundamentados, que traen consigo una importante sobrecarga de trabajo para el Tribunal Constitucional y b) la posibilidad de conflicto entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria en cuanto que ambas tienen atribuida competencia para la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. (Carmona Cuenca 2006: 3)

Este carácter subsidiario del recurso de amparo en España “convierte al juez ordinario en el garante natural de los derechos, quedando el Tribunal Constitucional para resolver aquellos casos excepcionales en que la debida protección no se haya obtenido en la vía jurisdiccional previa” (Figueruelo Burrieza 2006: 236).

En el Perú, la exigencia de agotar la vía previa judicial ha sido establecida para el caso de los amparos contra resoluciones judiciales, pues en estos casos no corresponde presentar de forma directa una demanda de amparo sino impugnar tales resoluciones a través de los recursos que ofrece la legislación procesal respectiva. Sólo contra la resolución firme procede interponer un amparo.

En el caso de los amparos contra laudos arbitrales el Tribunal Constitucional estableció en su momento como regla procesal que para presentar una demanda de amparo en su contra, correspondía de forma previa impugnarlos a través del proceso judicial ordinario de impugnación de laudos arbitrales. Sólo contra la resolución final que se expida en tales procesos correspondía interponer un amparo. Sin embargo, este criterio varió en el 2011 cuando estableció como nueva línea jurisprudencial, en calidad de precedente vinculante, que como regla general no procede el amparo contra laudos arbitrales, salvo en tres supuestos: a) cuando un laudo arbitral desconoce los precedentes vinculantes del Tribunal, b) cuando en el laudo arbitral se ha ejercido el control difuso de una norma declarada constitucional por el Tribunal o el Poder Judicial, y c) cuando el amparo es interpuesto por un tercero afectado en sus derechos y que no forma parte del convenio arbitral¹¹³. Respecto a los dos primeros casos, la vía previa que corresponde agotar no es la judicial, sino un reclamo ante el mismo Tribunal Arbitral: “En el caso de los

¹¹³ Sentencia 142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), publicada el 26 de setiembre del 2011.

supuestos a) y b) [...], será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo” (fundamento 21 de la sentencia).

En todos los demás supuestos de afectación de derechos fundamentales no se exige agotar una vía previa judicial, sino más bien observar que no exista otra vía igualmente satisfactoria para la protección del derecho amenazado o vulnerado.

3.2.3.4.3 Excepciones

Una posición intermedia entre exigir o no el agotamiento de las vías previas, es reconocer la necesidad de que el afectado en sus derechos acuda a ellas de forma previa, pero estableciendo algunas excepciones:

Si se tiene en cuenta que el fundamento de las llamadas vías previas es darle la oportunidad a quien cometió el acto lesivo de revisar el acto a fin de que disponga él mismo el cese de la vulneración del derecho, es decir, si se tiene en cuenta que la justificación de las vías previas sigue siendo en definitiva la salvación del derecho constitucional; y si además se tiene en cuenta que los recursos impugnativos se presentan para ser resueltos por la persona o autoridad que cometió el acto agresor, o ante un superior que viene a formar parte de la misma organización administrativa o de la misma organización privada (o de la misma organización judicial en los casos de que la vía judicial se considere vía previa); entonces se tendrá que admitir que cuando se ponga en riesgo la consecución de la finalidad última que es la salvación del derecho constitucional, deberá exonerarse al afectado de la obligación de transitar por la vía previa. (Castillo 2006: 907)

En este sentido, la excepción más importante a la exigencia de agotar las vías previas es la irreparabilidad del derecho invocado, lo cual obliga a las autoridades jurisdiccionales a analizar la gravedad e intensidad del acto lesivo, de modo tal que pueda decidir si resulta apropiado exigir que se agote la vía previa o si más bien admite la demanda, dándole el curso procesal que corresponda.

En el Perú, desde la legislación procesal constitucional anterior al Código se han contemplado excepciones al agotamiento de la vía previa. Tanto la legislación anterior (Ley 23506, artículo 28°) como la vigente (Código Procesal Constitucional, artículo 46°) han reconocido las siguientes: a) cuando una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; b) cuando por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; c) cuando la vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o, d) cuando no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

3.2.3.5 Plazo para presentar la demanda

3.2.3.5.1 Fundamentos

La protección judicial de los derechos fundamentales debe ser urgente, por lo que la persona que considere afectados sus derechos debe acudir de forma inmediata ante las autoridades jurisdiccionales para solicitar la tutela procesal respectiva. Sobre la base de esta premisa, algunos ordenamientos jurídicos establecen un plazo para dar inicio a los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales, que en caso no sea

observado, habilita al juez para declarar improcedente la demanda. Al respecto se ha señalado:

La [prescripción] de la Acción de Amparo, estimada en tan corto tiempo, tiene su razón de ser en la característica urgencia de las garantías constitucionales. Esta acción ha sido ideada para poner corte inmediato y rápido, fulminante, contra las agresiones a los derechos fundamentales. Para conseguir su vigencia permanente. Es un arma con que el individuo se encuentra previsto por parte del sistema jurídico para frenar la arbitrariedad en breve lapso. La no utilización por parte del agraviado puede llevar a concluir que el mismo no estima como fundamental su derecho y que al no encontrarse el perjudicado urgido de una pronta resolución no hay porque poner en marcha este procedimiento de excepción que acelera el movimiento de aparato jurisdiccional. (Borea 2000: 421-422)

En consecuencia, la razón principal para establecer un plazo para dar inicio a un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales es evitar que se acuda a éste para resolver controversias que no implican realmente la afectación de tales derechos, y que, por lo tanto, no requieren una respuesta urgente por parte de los órganos jurisdiccionales.

A favor de establecer un plazo también podría alegarse que con esta opción se le da a la persona afectada en sus derechos la posibilidad de consentir el acto lesivo. Como se ha explicado anteriormente, los actos lesivos pueden ser clasificados en razón de su consentimiento, tema que también advertimos resultaba polémico. En el caso del consentimiento tácito, éste se manifiesta principalmente cuando se deja transcurrir el plazo para presentar la demanda respectiva. Las razones por las cuales una persona decide consentir un acto lesivo de sus derechos pueden ser de diferente tipo, como por ejemplo, considerar inconveniente iniciar un proceso constitucional para su defensa o identificar una vía judicial más idónea para hacer valer su pretensión.

En un enfoque más represivo, la existencia de un plazo se ha justificado en la necesidad de sancionar al litigante no diligente, que no acude con urgencia a los órganos jurisdiccionales dentro de los plazos establecidos. Como afirma Lazzarini (1967: 331), “no será admisible [el amparo] si quien invoca el daño grave e irreparable [...] ha demorado negligentemente la demanda”.

La seguridad jurídica también es un argumento a favor de establecer un plazo para dar inicio a los procesos de tutela de derechos, pues de esta manera se evita que se prolongue indefinidamente la incertidumbre sobre si un determinado acto resulta lesivo de derechos fundamentales. Se puede poner de ejemplo el acto administrativo que autoriza la realización de una actividad económica en una reserva ecológica protegida, pero que para algunos puede resultar contraria al derecho al medio ambiente. Si no existiese un plazo para presentar la demanda, existirían dudas constantes sobre si dicha autorización es concordante con el respeto y garantía de este derecho.

Cualquiera sea la razón para establecer un plazo dar inicio a un proceso constitucional, ello no implica que a su vencimiento la persona afectada en sus derechos no pueda alcanzar su tutela judicial, pues para tal efecto podrá acudir a otras vías judiciales. Por ello, se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad. Sin embargo, puede ocurrir que respecto a determinado derecho, no exista otra vía judicial a la cual acudir.

A nivel del derecho comparado diversos países establecen un plazo para dar inicio a los procesos constitucionales. En España, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículos 43.2 y 44.2) establece un plazo general de veinte días y plazos específicos

para determinadas situaciones, como tres meses para la impugnación de actos de origen parlamentario (artículo 42°) y plazos sumamente breves para los amparos en materia electoral. En Argentina, la Ley 16.986 (artículo 2°, inciso e) establece que el amparo no será admisible cuando “la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse”. Un plazo bastante extenso, que en principio podría considerarse como contradictorio con la tutela urgente de derechos fundamentales, ha sido previsto en la Constitución de Bolivia del 2009, que dispone que el amparo “podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial” (artículo 129, inciso II).

3.2.3.5.2 Opción asumida en el Perú

En el Perú, la tendencia ha sido establecer un plazo para los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento, sin contemplarse excepción alguna. En este sentido, el artículo 37° de la Ley N° 23506 (1982) dispuso: “El ejercicio de la acción de Amparo caduca a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento”. Es importante anotar que la referencia que hacía la legislación a la imposibilidad fáctica de la persona agraviada para presentar la demanda no implicaba una excepción a la regla del plazo, sino una situación especial a considerar para efectos del inicio del cómputo del mismo. Asimismo, al referirse a que el plazo caducaba a los sesenta días, daba a entender que el agraviado no podía acudir a otra vía para la protección de su derecho.

La Ley N° 25398 (1992) estableció pautas para el cómputo del plazo. Al respecto señaló: “El plazo de caducidad a que se refiere el artículo 37° de la Ley [23506] se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad. Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo de la caducidad se inicia en dicho momento. Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la última fecha en que se realizó la agresión”. Asimismo, autorizó a los jueces a rechazar de plano la demanda en caso el plazo para presentarla hubiese vencido.

El Código Procesal Constitucional ha mantenido los lineamientos generales de la legislación procesal anterior, pues contempla plazos para presentar las demandas de amparo, hábeas data y cumplimiento, establece reglas para el cómputo del plazo y dispone que en caso de vencimiento del mismo la demanda debe ser declarada improcedente. En cuanto al proceso de amparo, el artículo 44° señala:

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento. Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

A diferencia de la legislación anterior, el Código establece dos plazos para presentar la demanda de amparo, uno que se aplica como regla general (sesenta días hábiles) y otro

(de treinta días hábiles) que debe ser observado para el caso de las demandas contra resoluciones judiciales. En cuanto a los criterios a ser tomados en cuenta para el cómputo del plazo, el mismo artículo 44° establece:

- El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.
- Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.
- Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.
- El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

Asimismo, el artículo 44° establece dos supuestos en los que no procede el cómputo del plazo, cuales son los casos de amenaza a los derechos fundamentales y los actos lesivos omisivos. En este sentido dispone lo siguiente:

- La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
- Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.

En consecuencia, la opción del legislador en el Perú ha sido a favor de establecer un plazo para la presentación de la demanda de amparo, materia que no ha sido cuestionada en cuanto a si resulta compatible con el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales.

3.2.3.5.3 Problemas identificados

3.2.3.5.3.1 Plazo de prescripción, no de caducidad

La redacción del artículo 37° de la legislación anterior al Código se refería al plazo para presentar una demanda de amparo como uno de caducidad, con lo cual se podía interpretar que al vencimiento del mismo, la persona afectada en su derecho no podía acudir a otra vía procesal para la tutela del mismo, lo cual implicaba una situación de desprotección total. Correspondió al Tribunal Constitucional, a partir del año 2004, precisar este tema, señalando lo siguiente¹¹⁴:

[...] ante la interposición de una demanda de amparo extemporánea, el transcurso del plazo no extingue el derecho constitucional invocado, toda vez que su defensa podrá realizarse en las vías procesales ordinarias –distintas del amparo– que ofrezca el ordenamiento. Por lo tanto, esta Sala [del Tribunal] interpreta que el plazo indicado en el artículo 37° de la Ley N.º 23506 no es un plazo de caducidad, sino un plazo de prescripción, pues su transcurso no extingue el derecho constitucional agraviado sino, simplemente, cancela la posibilidad de utilizar la vía procesal urgente del amparo para su protección. [...] De esta manera, transcurrido el plazo para interponer la demanda de amparo, el sujeto afectado no se ve desprovisto de su derecho constitucional, ni mucho menos del correlativo derecho de solicitar tutela jurisdiccional efectiva al Estado (derecho constitucional de acción), sino que simplemente pierde la posibilidad de acceder a una vía procedimental excepcional y urgente como es la acción de amparo.

¹¹⁴ STC 1049-2003-AA (caso ETESELVA S.R.L.), del 30 de enero del 2004, fundamento 7.

Por el contrario, si el transcurso del plazo extinguiera el derecho constitucional cuya protección se solicita, entonces este Tribunal necesariamente se debería expresar en términos de caducidad. Dado que no es así, en función de lo expuesto se puede concluir que, independientemente del defecto en el *nomen iuris* utilizado por el legislador, el artículo 37° de la Ley N.° 23506 regula el plazo de prescripción extintiva para la interposición de la demanda de amparo.

A partir de la interpretación del Tribunal quedó precisado que si el plazo para presentar una demanda de amparo venció, el afectado en sus derechos está facultado para iniciar cualquier otro proceso judicial, distinto al amparo, mediante el cual considere que es posible obtener la tutela procesal que requiere. En concordancia con esta línea interpretativa, el Código Procesal Constitucional dispone (artículo 44°) que el plazo que se establece para interponer un amparo es uno de prescripción y no de caducidad. Sin embargo, queda la duda sobre qué ocurre si no existe otra vía judicial prevista para la protección del derecho que buscaba ser protegidos a través del amparo, pues en estos casos la respuesta no puede ser la ausencia de protección judicial de los derechos, sino más bien la posibilidad de establecer una excepción a la exigencia del plazo.

3.2.3.5.3.2 Plazo para presentar una demanda de amparo contra resoluciones judiciales

El Código Procesal Constitucional establece un plazo especial para las demandas de amparo contra resoluciones judiciales. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 44° del Código dispone que “tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido”.

Desde que el Código Procesal Constitucional entró en vigencia, en diciembre del 2004, surgió la duda sobre desde qué momento correspondía interponer una demanda de amparo contra una resolución judicial, pues el citado artículo 44° se prestaba a diferentes interpretaciones. La primera era entender que el plazo empezaba a contarse desde que era notificada la resolución judicial firme que afectaba derechos fundamentales; la segunda que dicho plazo empezaba con la notificación de la resolución que ordenaba que se cumpla con lo decidido en la resolución judicial firme. En los hechos, el Tribunal optó por la primera opción, estableciendo a nuestra consideración una interpretación de las normas procesales acorde con la finalidad del amparo, cual es la tutela urgente de los derechos fundamentales. Además, al revisar la jurisprudencia del Tribunal sobre las demandas de amparo contra resoluciones judiciales, resulta evidente que son muy pocos los casos en que realmente se concreta una manifiesta afectación de derechos por parte de una autoridad judicial, lo cual queda demostrado en el hecho que casi la generalidad de este tipo de demandas son declaradas improcedentes.

Cinco años después de la vigencia del Código, el Tribunal Constitucional cambió su parecer al respecto y precisó que el citado párrafo del artículo 44° de este cuerpo normativo debe ser interpretado de otra manera, asumiendo la segunda de las opciones planteadas. En este sentido, mediante la resolución del expediente 252-2009-PA/TC, publicada el 27 de julio del 2010, señaló que “el demandante tiene la facultad de interponer la demanda de amparo desde que conoce de la resolución firme emitida en un proceso judicial que considera agravante de sus derechos constitucionales hasta treinta

días después de notificada la resolución que ordena se cumpla lo decidido” (fundamento 9 de la resolución).

Para el Tribunal, esta nueva interpretación del artículo 44° se justifica en una adecuada lectura literal de la citada norma (que le tomó cinco años) y la aplicación del principio a favor del desarrollo de los procesos. En este sentido ha señalado (fundamento 14 de la resolución):

La conclusión a la que aquí se arriba no sólo se desprende de un riguroso examen del contenido literal de la antes citada norma y de la ya mencionada regla *pro actione*, sino de los principios interpretativos *pro homine* y *pro libertatis*, que permiten que ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, que como ocurre en el presente caso, afectan al derecho al acceso a la justicia constitucional, se opte por aquella interpretación que conduzca a una alternativa lo menos limitadora posible de los derechos fundamentales, descartando de este modo aquellas que, por el contrario, los restrinjan.

Sin embargo, el propio Tribunal advierte que pueden existir casos en donde no se emita la respectiva resolución que ordena se cumpla lo decidido en la resolución judicial que estaría afectando derechos fundamentales, con lo cual el inicio del cómputo del plazo de prescripción se dilataría indefinidamente. Dándose cuenta que su nueva interpretación del artículo 44° del Código va a generar este problema, y sin encontrar una respuesta jurídica clara al mismo, termina por invocar a los jueces que la emisión de la resolución que ordene cumplir lo decidido no se demore mucho (fundamento 15 de la resolución):

[...] ante la literalidad del artículo 44° del Código Procesal Constitucional, que permitiría en algunos casos plazos bastante dilatados en el supuesto de no emitirse oportunamente la resolución que ordena el cúmplase con lo decidido, corresponde invocar a los jueces y salas de la República el que actúen con la debida diligencia para

que el lapso comprendido entre la fecha de emisión de una resolución firme que pone fin a un proceso judicial, que adquiere la autoridad de cosa juzgada, y la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido, no se extienda irrazonablemente.

Luego de ello, en esta misma decisión el Tribunal analizó un tema diferente, relacionado con una conducta muy frecuente por parte de los abogados litigantes en el país, cual es interponer cualquier recurso contra una resolución judicial final (por ejemplo, una casación). Por tal razón, el Tribunal señala que para el cómputo del plazo para presentar una demanda de amparo contra una resolución judicial firme, deberá tomarse en consideración si ésta fue resultado de una impugnación adecuada, o como consecuencia de haberse interpuesto un recurso que no correspondía para el caso concreto. En este sentido precisó (fundamento 18 de la resolución):

[...] se considera iniciado el plazo y con ello el inicio de la facultad de interponer la demanda de amparo contra la resolución judicial firme cuando se han agotado todos los recursos que prevé la ley para impugnarla dentro del proceso ordinario, siempre que dichos recursos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada. En ese sentido, cuando el justiciable interponga medios impugnatorios o recursos que no tengan real posibilidad de revertir sus efectos, el inicio del plazo prescriptorio deberá contabilizarse desde el día siguiente de la fecha de notificación de la resolución firme a la que se considera lesiva y concluirá inevitablemente treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena el cumplimiento con lo decidido, sin que igualmente se acepte articulaciones inoficiosas contra este último pronunciamiento jurisdiccional [...].

Con ello, el Tribunal ha establecido una advertencia más a los abogados litigantes sobre la posibilidad de declarar improcedente sus demandas de amparo contra resoluciones judiciales, cuando se identifique una intención clara de querer emplear este proceso constitucional para demorar la resolución de una determinada controversia.

Se trata, sin duda, de una de las tantas medidas que ha buscado ser establecida con este fin, pero que en los hechos no va a impedir que se sigan presentando recursos para demorar la ejecución de un fallo y la presentación de demandas de amparo para cuestionar lo decidido en una resolución judicial sin que exista una manifiesta violación de derechos fundamentales. La solución a este problema escapa a las modificaciones legales o a la jurisprudencia que pueda dictar el Tribunal Constitucional. En todo caso, lo que sí podría hacerse es resolver estos casos con mayor rapidez, dado que por lo general este tipo de demandas son manifiestamente improcedentes, evitándose así prolongadas demoras en el cumplimiento de una sentencia.

Precisamente, el caso elegido por el Tribunal Constitucional para establecer su nueva interpretación sobre el artículo 44° del Código Procesal Constitucional es una clara muestra de ello. Basta para tal efecto señalar que la demanda respectiva fue presentada el 13 de enero del 2006, con lo cual, estamos ante un caso en donde el amparo contra una resolución judicial ha demorado cuatro años en ser resuelta, y no para que se emita un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sino para que el Tribunal finalmente ordene que la Sala respectiva admita la demanda y no la rechace de plano.

3.2.3.5.3 Problemas en el cómputo

El cómputo del plazo de prescripción en un proceso de amparo puede dar lugar a dudas y diversas interpretaciones sobre si el mismo ha vencido, por lo que es importante que los jueces –al resolver estas dudas- lo hagan desde la perspectiva de garantizar el derecho a la protección judicial de derechos fundamentales, con especial atención al principio a favor de la continuación y desarrollo del proceso.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión a aplicar este principio ante dudas sobre el vencimiento del plazo para presentar la demanda de amparo. En un caso donde la demora en la presentación de la demanda se relacionaba con la huelga que se llevaba a cabo en el Poder Judicial por parte de sus trabajadores, señaló¹¹⁵:

5. [...] si bien el Tribunal considera que los días transcurridos durante la huelga del Poder Judicial no deben ser incluidos en el cálculo del plazo para la interposición de la demanda de amparo, en la hipótesis de una duda interpretativa, puede igualmente ratificarse en dicho parecer, toda vez que, en virtud del principio *pro actione*, la decisión igualmente debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción. Téngase en cuenta, finalmente, que la alternativa opuesta supondría invertir el funcionamiento y el propósito de los procesos en general, y de los procesos constitucionales en particular, pues implicaría convertir, erróneamente, una duda interpretativa respecto de las formalidades propias del instrumento de tutela en un elemento determinante para permitir el acceso a la tutela constitucional de los derechos, cuando, en realidad, es el instrumento procesal el que debe ser adecuado e interpretado decididamente –siempre y cuando no se restrinjan los derechos constitucionales de la contraparte– a fin de consolidar una tutela constitucional más eficaz, oportuna y plena.

Otro caso que puede mencionarse es el de una mujer que estuvo imposibilitada de presentar la demanda debido a su estado de gestación. Al respecto el Tribunal señaló¹¹⁶:

4. [...] aun cuando [...] el plazo de caducidad para interponer la acción de amparo es de 60 días hábiles después de producida la afectación, debe tenerse presente que [...] ello está condicionado a que el interesado, en dicho momento, se halle en la posibilidad de interponer la demanda; de lo contrario, el plazo de caducidad antes señalado se computa desde el momento de la remoción del impedimento.

¹¹⁵ Sentencia 1049-2003-AA (caso ETESELVA S.R.L.), publicada el 31 de marzo del 2004.

¹¹⁶ Sentencia 17-2002-AA (caso Carmen Walde Torres), publicada el 19 de junio del 2003.

5. Que, en el presente caso, si bien la carta de despido fue notificada a la demandante el 8 de enero de 2000, debe resaltarse que, según el documento obrante a fojas 67, se encontraba en estado de incapacidad física por maternidad desde el 9 de febrero de 2000, es decir, a dicha fecha, habían transcurrido 23 días, y los 37 días restantes del plazo de caducidad no se computaban debido a la incapacidad física que sufría por amenaza de aborto.
6. Que, al presentarse la demanda el 10 de agosto de 2000, es decir, cuando la demandante había superado su estado de incapacidad [...] debe admitirse a trámite [la] demanda.

Los problemas identificados por el Tribunal deberían ser tomados en consideración a efectos de evaluar si corresponde que en los procesos de tutela de derechos fundamentales se establezca un plazo para presentar la demanda respectiva.

3.2.3.5.4 Excepciones

La decisión de establecer un plazo para dar inicio a un proceso constitucional corresponde al legislador. En Argentina, luego de la reforma constitucional de 1994, surgió un debate al respecto, ante lo cual se ha señalado que “la Constitución nacional no obliga al legislador a imponer siempre un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de amparo. Si el Congreso no dispone tal término, ello es constitucional. Pero también es constitucional que pueda estatuirlo. Se trata de una *opción constitucional*” (Sagüés 2007: 273).

En el Perú, sólo en el proceso de hábeas corpus no se ha previsto un plazo para presentar la demanda respectiva.

3.2.4 Rechazo de plano de las demandas

3.2.4.1 Aspectos generales

El rechazo de plano de una demanda (también conocido como rechazo liminar o *in limine*) es la facultad que tienen los jueces para declarar su improcedencia sin necesidad de correr traslado a la otra parte, luego de evaluar que resulta manifiestamente improcedente y que no corresponde que la materia planteada sea vista a través del proceso judicial que se buscaba iniciar, sin perjuicio de que esa misma controversia pueda ser planteada a través de otro proceso.

Los fundamentos a favor de esta institución son de diverso tipo. En este sentido, el rechazo de plano se sustenta en la necesidad de garantizar que las pretensiones de los demandantes sean canalizadas por las vías idóneas para tal fin, evitando el desarrollo de una controversia en un proceso en donde no podrán sustentar adecuadamente su pretensión. Asimismo, se busca que los procesos judiciales sean empleados adecuadamente por los demandantes, evitando que se utilicen para fines diferentes a los previstos legalmente. A favor del rechazo de plano también se puede afirmar que permite a las autoridades jurisdiccionales pronunciarse de forma rápida sobre controversias que aumentan innecesariamente la carga procesal:

Para hacer efectivo el principio constitucional de justicia pronta y cumplida es necesario que los procedimientos constitucionales sean resueltos en plazos razonables.

La existencia de procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales, que permitan rechazar ad- portas todas aquellas demandas manifiestamente infundadas, coadyuva en esa importante misión, ya que hace posible que los jueces fallen, dentro de

plazos razonables, aquellos casos que sí requieren un pronunciamiento de fondo del órgano encargado de la justicia constitucional. (Hernández Valle 2005: 198)

Pero el rechazo de plano también presenta problemas, pues si se emplea inadecuadamente se produce una injustificada restricción del derecho de acceso a la justicia y puede implicar la demora excesiva de un proceso, afectándose el derecho al plazo razonable de duración del mismo. Por ello, las autoridades judiciales deben ser muy cuidadosas al momento de hacer uso de esta institución procesal.

A fin de garantizar la correcta aplicación del rechazo de plano de una demanda, la legislación debe precisar los procesos en los cuales puede ser utilizada. Asimismo, es necesario que la ley determine en qué supuestos cabe invocarla, si es una potestad facultativa del juez o una medida obligatoria a ser adoptada, y las consecuencias procesales que se derivan por su inadecuada aplicación por parte de los jueces.

3.2.4.2 El caso peruano

3.2.4.2.1 Legislación anterior al Código

La legislación anterior sobre los procesos de amparo y hábeas corpus (Ley N° 23506), promulgada en 1982, no estableció en su texto original la facultad de los jueces de rechazar de plano una demanda. Esta recién se incorporó mediante la Ley N° 25398 (1992), cuyo artículo 14° dispuso: “Cuando la acción de garantía resultase manifiestamente improcedente por las causales señaladas en los artículos 6° y 37° de la Ley [23506], el juez puede rechazar de plano la acción incoada. En tal caso, procede el recurso de apelación, el que se concede en ambos efectos y el recurso de nulidad”.

La incorporación del rechazo de plano de la demanda se sustentó en la necesidad de hacer frente al importante número de demandas que resultaban manifiestamente improcedentes, en particular los amparos contra resoluciones judiciales, que durante los años ochenta y noventa del siglo pasado constituyeron un importante número de causas que generaban una excesiva carga procesal. En síntesis, las principales características de la reforma realizada mediante la Ley N° 25398 fueron las siguientes:

- Reconocía el rechazo de plano como una facultad discrecional del juez.
- Estableció que resultaba aplicable tanto para el proceso de amparo como para el proceso de hábeas corpus.
- Señaló que para ser rechazada de plano, la demanda debía ser *manifiestamente* improcedente,
- Estableció que correspondía sustentar el rechazo de plano en las causales de improcedencia previstas en los artículos 6° y 37° de la Ley N° 23506. El primero establecía causales de improcedencia comunes a los procesos de amparo y hábeas corpus. El segundo establecía la improcedencia de las demandas de amparo por vencimiento del plazo para su presentación. A través de la jurisprudencia constitucional se ratificó esta posición del legislador, pues no se aceptó la posibilidad de rechazar de plano la demanda por razones diferentes a las previstas en los citados artículos 6° y 37°.

Durante la vigencia de esta legislación, el principal problema relacionado con el rechazo de plano de la demanda fue su inadecuada aplicación por parte de los jueces de primera instancia, como queda demostrado en los diversos casos que el Tribunal conoció y en los que ordenó admitir a trámite la demanda, por considerar como un vicio del proceso la incorrecta aplicación del rechazo de plano. A ello se debe agregar que entre la presentación de la demanda y el pronunciamiento final del Tribunal solía transcurrir bastante tiempo, con lo cual resulta razonable afirmar que cuando los jueces cumplían con lo ordenado por el Tribunal, el derecho ya había devenido en irreparable.

3.2.4.3.2 Código Procesal Constitucional

El Código Procesal Constitucional regula el rechazo del plano de la demanda en el artículo 47°, con el siguiente texto:

Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código. También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

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

Los principales aspectos de este artículo pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

- A diferencia de la legislación anterior, reconoce la institución del rechazo de plano de la demanda en el artículo 47°, que se encuentra ubicado en la parte que regula el proceso de amparo, por lo que podría entenderse que no se ha habilitado la posibilidad de emplearlo para el caso de los procesos de hábeas corpus. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha admitido que también en este proceso pueda ser invocado por los jueces.
- Establece, igual que la legislación anterior, que la demanda no solo debe ser considerada como improcedente, sino que debe ser *manifiestamente* improcedente, lo cual implica que no deben quedarle mayores dudas a la autoridad judicial sobre la existencia de alguna causal de improcedencia. En caso contrario, es decir, si se generan dudas sobre la improcedencia o ésta es sólo aparente, debe continuarse con el desarrollo del proceso. En estas situaciones especial importancia tiene la aplicación de los principios procesales.
- Señala que los supuestos para evaluar la manifiesta improcedencia de la demanda son los previstos en el artículo 5° del propio Código, criterio que ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, no corresponde aplicar el rechazo de plano respecto a causales de improcedencia diferentes o que no se puedan ser relacionadas con las previstas en el citado artículo 5°. Ello deja de lado, por ejemplo, la posibilidad de rechazar de plano las demandas cuando se busque proteger derechos que no son fundamentales (artículo 1° del Código); los casos de demandas contra resoluciones judiciales que no sean firmes (artículo 4° del Código); cuando el acto lesivo no sea manifiesto y se requieran elementos probatorios mayores para el análisis de la controversia (artículo 9° del Código); o cuando se deje consentir el

acto lesivo de forma expresa (causal de improcedencia aceptada jurisprudencialmente en temas laborales).

En comparación con la legislación anterior, el único cambio sustantivo respecto al tema del rechazo de plano fue la ampliación de las causales de improcedencia en que cabe hacer uso de esta institución. Sin embargo, respecto a su aplicación, los problemas identificados cuando estuvo vigente la legislación anterior han continuado, lo cual también queda demostrado al revisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta situación refleja nuevamente que la posibilidad de alcanzar una adecuada protección de los derechos fundamentales en sede judicial no depende tanto del marco normativo vigente, sino de la capacidad de los jueces para aplicar correctamente las instituciones procesales.

3.2.4.3 Pronunciamiento sobre el fondo de la controversia

Sobre el rechazo de plano de la demanda, mérito aparte merecen los casos en donde el Tribunal Constitucional identifica su incorrecta aplicación pero no ordena admitirla a trámite sino que emite un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. No se trata de una regla general y el Tribunal ha precisado que para que ello ocurra debe evaluarse, en primer lugar, la urgencia de la controversia a resolver y, en segundo lugar, si se cuentan con todos los elementos necesarios para emitir un pronunciamiento sobre la protección de derechos solicitada por el demandante. Sin embargo, cuando el Tribunal toma la decisión de emitir una sentencia sobre el fondo, no siempre explica cómo es que en el caso concreto se concretan ambos factores.

Respecto a la urgencia de la controversia a resolver se debe recordar que todo proceso constitucional se inicia con la finalidad de obtener una tutela procesal de derechos con esa característica. Si luego de año y medio o dos años se ordena admitir a trámite una demanda, implícitamente se está aceptando que el caso no justifica la protección urgente que ofrecen los procesos constitucionales. En consecuencia, se trata de un criterio que en realidad estaría presente en todos los casos que suben a conocimiento del Tribunal y en donde se aplicó el rechazo de plano de la demanda. No podría, en consecuencia, ser invocado como un criterio especial para decidir emitir un pronunciamiento sobre el fondo.

Respecto al segundo criterio, debe ser evaluado tomando en consideración la importancia que tiene para la resolución de una controversia conocer los argumentos de la parte demandada, quien podría ver seriamente afectado su derecho de defensa.

En efecto, la principal crítica a la decisión del Tribunal de emitir una sentencia sobre el fondo en un proceso donde se rechazó de plano la demanda, es que la parte demandada no llega a tener la posibilidad de ejercer su defensa. Si bien el Código señala que si la resolución que declara la improcedencia liminar fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto, ello no significa que la parte demandada conozca el contenido de la demanda ni que la controversia empiece a girar sobre el fondo del asunto. La notificación a la que hace referencia el Código es respecto a la apelación del demandante sobre la decisión del juez de rechazar de plano la demanda, y no sobre un pronunciamiento relativo al fondo del caso. Por ello, no es válido afirmar que respecto a un caso donde se ha rechazado de plano la demanda, se cuente a nivel del Tribunal Constitucional con todos los elementos necesarios para

resolver el fondo de una controversia, pues siempre estará ausente la posición de la parte demandada, quien puede considerar afectado su derecho de defensa.

En atención a lo expuesto, podemos concluir que los problemas que se originan por un inadecuado empleo del rechazo de plano de la demanda por parte de las autoridades judiciales, la demora en la decisión de ordenar que se admita a trámite la demanda indebidamente rechazada, los criterios establecidos por el Tribunal para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sin participación de la parte demandada y la correspondiente afectación de su derecho de defensa, son razones suficientes para evaluar si resulta conveniente continuar reconociendo en nuestro ordenamiento jurídico la institución del rechazo de plano en los procesos constitucionales. A todo ello se debe agregar que, dos décadas después de haber sido incluida en nuestro ordenamiento jurídico, los problemas en su aplicación siguen siendo los mismos.

3.3 Aspectos procesales adicionales

En esta sección haremos referencia a algunas materias de índole procesal que permitirán realizar un mejor análisis de la forma en que en nuestro país se lleva a cabo la protección judicial del derecho al medio ambiente a través del proceso de amparo. La identificación de estos temas se ha realizado sobre la base de una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional seleccionada para la presente investigación.

3.3.1 Legitimidad para presentar una demanda de amparo

3.3.1.1 Personas naturales

Dado que el amparo tiene por objetivo la defensa de los derechos fundamentales, la titularidad o legitimidad para dar inicio al proceso recae en la persona directamente afectada. Respecto a ese tema, la legislación comparada no suele presentar mayores problemas. Sin embargo, el progresivo reconocimiento de los denominados derechos de tercera generación, que no presentan una titularidad individual, sino colectiva o difusa, ha dado lugar al reconocimiento de una legitimidad procesal más amplia, en particular para la tutela del derecho al medio ambiente:

Particularmente en la conflictividad ambiental, el reconocimiento de legitimación procesal de las asociaciones y colectivos de carácter ecologista es una necesidad para hacer frente a los daños provocados por grupos o empresas de gran poder económico o por las propias Administraciones públicas ante los que el ciudadano aislado se ve normalmente inerte (Delgado Piqueras 1993: 59)

Esta opción ha sido acogida por la legislación procesal nacional. En este sentido, el artículo 26° de la Ley N° 23506 –modificado en 1990– señaló: “Cuando la acción se interponga por violación o amenaza de violación de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, podrá ser ejercida por cualquier persona, aun cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente. Igual atribución tienen las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, cuyo objeto es la defensa del medio ambiente”¹¹⁷.

¹¹⁷ Este texto fue agregado en 1990 por el artículo 140° del Decreto Legislativo N° 613 (Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales).

En la legislación vigente, el Código Procesal Constitucional dispone en el tercer párrafo del artículo 40° lo siguiente: “Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”.

Más allá del contenido de las normas, lo que aquí nos interesa señalar es que el fundamento de este tipo de medidas se encuentra en el reconocimiento de una categoría especial de derechos, que recibe diferentes denominaciones (derechos difusos, colectivos, supraindividuales, etc.):

[...] los derechos de incidencia colectiva son verdaderos derechos subjetivos que inciden en un grupo de personas. Estos comprenden derechos intrínsecamente colectivos y derechos tradicionales que, por la situación en la que se encuentren o la pretensión solicitada en juicio, se consideran indivisibles. Asimismo, comprende auténticos derechos individuales homogéneos que surgen de un origen común permitiendo su tutela colectiva. (Borea Riechhof 2012: 69-70)

Una revisión de la doctrina que ha desarrollado los alcances de los derechos colectivos, a fin de identificar los diferentes escenarios relacionados con la legitimidad activa para su protección procesal, permite identificar hasta tres modalidades de derechos: los denominados derechos difusos y colectivos (derechos supraindividuales), y los actos individuales homogéneos (derechos pluriindividuales). Sobre los primeros se ha señalado:

Puede sostenerse que [los derechos difusos y colectivos] comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente

sano, etc.). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de una conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos. Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables.

Parte de la doctrina y la legislación brasileña [...] los identifican según sus titulares se encuentran ligados por circunstancias de hechos (intereses difusos) o bien si pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria debido a una relación jurídica base (intereses colectivos). (Ferrer Mc Gregor 2003: 12)

A fin de ejemplificar los derechos difusos, Mc Gregor menciona el caso de la contaminación ambiental del agua derivados de desechos arrojados por una fábrica, y como un ejemplo de derechos colectivos los problemas de la falta de higiene o de seguridad en una determinada fábrica. Nosotros agregaríamos, respecto a los derechos colectivos, el caso de los derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta, a la identidad colectiva, al territorio, entre otros.

Respecto a los actos individuales homogéneos (derechos pluriindividuales), pueden ser definidos de la siguiente manera:

[...] los derechos individuales homogéneos se distinguen de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos), en que aquellos son auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo.

La tutela colectiva de los derechos esencialmente individuales descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante. (Ferrer Mc Gregor 2003: 15)

En estos casos, se está ante derechos individuales de diversas personas que tienen un mismo origen pero que son divisibles, por lo cual esta categoría de derechos no correspondería ser aplicada respecto a la protección del derecho al medio ambiente.

3.3.1.2 Personas jurídicas

La posibilidad de reconocer a las personas jurídicas legitimidad para interponer una demanda de amparo ha generado posiciones diversas. En contra se ha señalado que las personas jurídicas no son titulares de derechos fundamentales, pues estos han sido reconocidos únicamente a favor de las personas naturales. A favor se ha expuesto que cuando una persona jurídica busca acudir al amparo, lo hace para tutelar los derechos de quienes la conforman; además de existir derechos constitucionales que sólo podrían ser invocados por las personas jurídicas, como por ejemplo, la autonomía universitaria.

Una revisión de experiencias comparadas permite identificar que, por ejemplo, en el caso de España, se ha optado por una posición restrictiva. En este sentido se ha señalado:

[...] las personas jurídicas no pueden invocar cualquiera de los derechos fundamentales o libertades públicas [...] En efecto, existen ciertos derechos que son inherentes a la persona humana (el derecho a la vida, integridad física, intimidad familiar, sufragio, etc.) que no pueden ser invocados por las personas jurídicas, por la simple razón de que su propia naturaleza las excluye de ser titulares de tales derechos y libertades. [...]

[...] la legitimación activa de las personas jurídicas estará en función con la efectiva titularidad del derecho fundamental de que se trate. En otras palabras, las personas jurídicas titulares de específicos derechos fundamentales, por así permitirlos su propia naturaleza, gozarán de legitimación activa en vía de amparo constitucional. Así por

ejemplo, se les otorga legitimación activa al reconocerles la titularidad del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, a la inviolabilidad del domicilio, al principio de igualdad, etc. (Ferrer Mac-Gregor 2000: 188-189)

Respecto al caso peruano, como antecedente se debe recordar que la Constitución de 1979 establecía una disposición en la cual reconocía a las personas jurídicas la titularidad de derechos fundamentales. Al respecto, el artículo 3° de este texto constitucional señalaba: “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables”. En atención a ello, no existieron mayores dudas sobre si las personas jurídicas podían acudir al proceso de amparo para la defensa de sus derechos fundamentales. Sería la jurisprudencia la encargada de precisar los supuestos en que correspondía acudir a esta vía procesal.

La Constitución de 1993 no contempló una norma similar a la del texto constitucional de 1979, aunque en los hechos las personas jurídicas continuaron presentando demandas de amparo, las cuales siguieron también siendo resueltas por los órganos competentes del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Esto ocurría, por decirlo de alguna manera, prescindiendo de dar respuesta a la interrogante si con la vigencia de la Constitución de 1993 se había modificado o alterado la posibilidad de que las personas jurídicas puedan acudir a un proceso de amparo. Una revisión de las sentencias del Tribunal Constitucional a partir del año 1996 permite afirmar que las demandas de amparo presentadas por las personas jurídicas eran conocidas sin un mayor debate sobre la materia, situación que permaneció así hasta el año 2002, cuando el Tribunal Constitucional se pronunció de forma expresa –y no indirecta- sobre la titularidad de los

derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas y la protección de tales derechos a través del proceso constitucional de amparo. Al respecto señaló¹¹⁸:

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

Tal titularidad de los derechos por las personas jurídicas de derecho privado se desprende implícitamente del artículo 2°, inciso 17), de nuestra Carta Fundamental, pues mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Este derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es, a su vez, una garantía institucional, en la medida en que promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada, por lo que aquí interesa destacar.

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

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

Por tanto, considera el Tribunal, que la ausencia de una cláusula, como la del artículo 3.º de la Constitución de 1979, no debe interpretarse en el sentido de negar que las personas jurídicas puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales o, acaso, que no puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales y, entre ellos, el amparo.

¹¹⁸ STC 906-2001-PA (caso Caja Rural de Ahorro y Crédito San Martín), publicada el 12 de setiembre del 2002.

El reconocimiento a las personas jurídicas de la facultad para presentar una demanda de amparo ha sido, en consecuencia, un tema que no ha generado mayor controversia. Sin embargo, se debe anotar que en los últimos años, algunos magistrados del Tribunal Constitucional han cuestionado que las personas jurídicas hagan uso de un mecanismo procesal como el amparo, el cual sólo debería ser empleado por las personas naturales, en tanto éstas son las únicas titulares de los derechos fundamentales. Se trata de una posición particular sostenida en diversos fallos por el magistrado Vergara Gotelli, que no ha encontrado mayores adhesiones y que concluye por lo general de la siguiente manera¹¹⁹:

[...] si bien este Tribunal ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esta decisión debe ser corregida ya que ello ha traído como consecuencia la “amparización” fabricada por empresas para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana. Por ello por medio del presente voto pretendo limitar mi labor a solo lo que me es propio, dejando por excepción eventuales casos en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total para defenderse de la vulneración de derechos constitucionales que pongan en peligro su existencia.

En cuanto al tipo de controversias que son presentadas por las personas jurídicas a través del proceso de amparo, éstas se relacionan con casos en los cuales se cuestiona la aplicación de una determinada norma que se considera que limita las actividades económicas, como ha ocurrido con las demandas interpuestas por las empresas dedicadas al rubro de los casinos y máquinas tragamonedas, la importación de autos usados o la pesca.

¹¹⁹ STC 6322-2007-AA, del 9 de diciembre del 2008.

A efectos del presente trabajo este tema cobra especial relevancia, en particular a propósito de dos situaciones concretas. En primer lugar, la presentación de demandas de amparo por parte de asociaciones de ciudadanos con la finalidad de proteger el derecho al medio ambiente. En segundo lugar, el inicio de este proceso constitucional por empresas con la finalidad de cuestionar normas orientadas a proteger el derecho al medio ambiente, al considerarlas como atentatorias de las libertades económicas reconocidas en la Constitución.

3.3.1.3 Personas jurídicas de derecho público

Si la posibilidad que las personas jurídicas cuenten con legitimidad para presentar demandas de amparo ha generado debate, que esa posibilidad se reconozca también a las personas jurídicas de derecho público no ha dado lugar a una controversia menor.

En contra de reconocer esta legitimidad se ha señalado que el Estado no tiene derechos fundamentales sino funciones y competencias, por lo cual no correspondería reconocerle legitimidad para interponer un amparo. A favor de dicho reconocimiento se ha señalado que existen algunos derechos fundamentales que también deben ser reconocidos a las entidades estatales. Al respecto, el único ejemplo que suele mencionarse es el de las garantías del debido proceso.

Sobre la presentación de demandas de amparo por parte de las personas jurídicas de derecho público, el Tribunal Constitucional de España ha admitido esta posibilidad si actúan desprovistas de su poder de *imperium*, en el ámbito de las relaciones de derecho

privado, como titulares de derechos fundamentales o si se trata de personas jurídicas de base asociativa y actúan en defensa del derecho fundamental de alguno de sus miembros. En caso actúen provistos de *imperium*, su capacidad y legitimación en el proceso de amparo debe examinarse teniendo en cuenta el tipo de persona jurídica pública de que se trate y el derecho fundamental cuya lesión se invoca (Ferrer MacGregor 2000: 192-194).

Nosotros nos inclinamos por no reconocer a las entidades estatales legitimidad para presentar una demanda de amparo, por cuanto este tiene como objetivo central proteger derechos fundamentales. Esa es la esencia a la que hicimos referencia en el capítulo 2, al perfilar sus fundamentos. Sin embargo, ello no significa que cuando el Estado se ve afectado en alguna garantía procesal durante alguna controversia ante los tribunales no pueda impugnar o cuestionar las resoluciones judiciales expedidas en tales circunstancias. Lo que aquí se afirma es que dicha vía no puede ser el proceso constitucional de amparo. Además, resulta difícil sustentar que una de los elementos característicos de este proceso, cual es la urgencia para la tutela de derechos, pueda ser invocada por el Estado.

A pesar de lo expuesto, en la práctica el Tribunal Constitucional ha reconocido a las personas jurídicas estatales la posibilidad de presentar demandas de amparo. Si bien en algunos casos algunos magistrados han manifestado su discrepancia con esta tendencia, no se espera que en un corto o mediano plazo dicha tendencia vaya a cambiar. En términos generales, el Tribunal ha señalado que “no se estaría procediendo conforme a la Constitución si *prima facie* se niega la posibilidad de que las personas jurídico-

públicas puedan tutelar derechos como el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva [...]”¹²⁰.

Si bien compartimos la tesis que niega reconocer la legitimidad de las personas jurídicas de derecho público para presentar demandas de amparo por cuanto no son titulares de derechos fundamentales, consideramos que sí debe reconocérsele legitimidad cuando interpone la demanda para la protección de derechos difusos, como es el caso del medio ambiente. Pero enfatizamos que en estos casos no se busca proteger derechos del Estado, sino derechos de sus ciudadanos ante acciones u omisiones que contravengan el contenido constitucionalmente protegido a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

3.3.2 Medida cautelar en el amparo

3.3.2.1 Aspectos generales

La medida cautelar es una institución jurídica que tiene por objetivo garantizar la efectividad de una sentencia. En el caso de los procesos de tutela de derechos fundamentales, se orienta a garantizar la vigencia del derecho amenazado o vulnerado, a fin de que, una vez emitida la decisión final, se pueda dar cumplimiento al mandato del juez que ordena su protección.

Los presupuestos para la concesión de medidas cautelares han sido ampliamente desarrollados por la doctrina procesal. En este sentido, existe un amplio grado de

¹²⁰ Sentencia 1407-2007-PA/TC (caso Intendencia de Aduana de Tacna).

consenso en señalar que tales presupuestos son la apariencia del derecho, el peligro en la demora de tutela efectiva y la adecuación. Respecto a la apariencia del derecho (conocido también como *fomus boni iuris*) se ha señalado:

A diferencia de lo que pueda ocurrir con otras formas de tutela, la verosimilitud no sugiere que el juez evalúe a futuro la fundabilidad de la pretensión sino que considere, por lo menos, que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible. Esta es pues la razón de ser de la verosimilitud, también llamada *fomus boni iuris*, porque lo que se requiere para la obtención de la medida cautelar es sólo un “humo” de la existencia del derecho que solicita el demandante. Sería ilógico pretender colocar a la certeza como presupuesto de las medidas cautelares [...]. (Monroy Palacios 2002: 174)

Con relación al peligro a la demora (conocido también como *periculum in mora*) se han precisado sus alcances de la siguiente manera:

El *periculum in mora* está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que actos maliciosos del demandado impidan el cumplimiento de lo pretendido por el demandante, sino también en que **el sólo transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece una tutela especial**. No se trata de proteger al afectado del daño genérico que implica un conflicto de intereses, pues éste es tutelado, precisamente, por un proceso judicial. El *periculum in mora* está destinado, específicamente, a proteger que lo pedido al momento de demandar (petitorio) sea pasible de obtener una tutela efectiva en caso de que la sentencia declare fundada la demanda. (Monroy Palacios 2002: 176)

Finalmente, la adecuación de la medida cautelar ha sido definida de la siguiente forma:

Con [dos premisas]: a) mantener la igualdad en el proceso, y b) evitar perjuicios innecesarios, por medio de la represión de actos ilegítimos o que impliquen un abuso del derecho procesal, es que consideramos que pueden ser perfilados los lineamientos

de un nuevo presupuesto cautelar que debe estar presente junto [con los otros dos]. Se trata de la adecuación, es decir, de la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con, precisamente, el objeto que es materia de esta tutela de aseguración. (Monroy Palacios 2002: 189)

En experiencias comparadas, como Argentina, Colombia, España y México, es posible encontrar legislación donde se ha previsto la posibilidad de solicitar una medida cautelar en el marco del proceso constitucional de amparo (Abad 2008: 560-569). Corresponde en este trabajo evaluar el caso peruano.

3.3.2.2 El caso peruano

En el Perú, desde hace más de dos décadas, la aplicación de las medidas cautelares en los procesos de amparo ha generado diversos problemas, ante lo cual la respuesta ha sido la modificación del respectivo marco normativo, orientado a restringir el uso de tales medidas por parte de los litigantes y su concesión por parte de los jueces. El sustento de tales restricciones ha sido de diverso tipo, incluyendo la necesidad de proteger el orden público, la salud y los recursos naturales (como los casos relacionados con la importación de autos usados o el desconocimiento de las cuotas de pesca). Si bien este tipo de medidas han sido objeto de críticas a nivel de la doctrina, el Tribunal Constitucional ha reconocido su compatibilidad con la Constitución, siempre que se sustenten en un fin legítimo y sean idóneas, necesarias y proporcionales a dicho objetivo. Sin embargo, los cambios normativos no han sido suficientes para solucionar el problema del indebido otorgamiento de medidas cautelares, lo cual demuestra que la solución pasa por una adecuada selección de los magistrados competentes para impartir justicia constitucional y por una eficaz investigación y sanción de los actos de corrupción que puedan estar detrás de estas resoluciones judiciales.

3.3.2.2.1 Legislación anterior al Código

El artículo 31° de la Ley N° 23506 (1982) reguló la medida cautelar en el proceso de amparo, estableciendo lo siguiente en su texto original: “A solicitud de parte y en cualquier momento, el juez podrá disponer la suspensión del acto que dio lugar al reclamo, cuando por los fundamentos expuestos por el actor los considere procedentes”.

Como consecuencia de las demandas de amparo presentadas contra medidas del Poder Ejecutivo de alcance económico y financiero, la Ley N° 25011 -publicada el 8 de febrero de 1989- modificó el citado artículo 31°, y estableció como requisitos para conceder medidas cautelares la exigencia de una contracautela y el traslado del pedido cautelar a la parte demandada. Asimismo dispuso que la apelación de la resolución que concedía la medida era con efecto suspensivo. De acuerdo con Abad (2008: 582), “el referido dispositivo fue severamente cuestionado pues el traslado y la apelación en ambos efectos atentaba contra la inmediatez propia de una medida cautelar y facilitaba que los derechos afectados se vieran dañados irreparablemente impidiendo una tutela judicial efectiva”.

Posteriormente, mediante la Ley N° 25398, publicada el 9 de febrero de 1992, se eliminó el requisito del traslado del pedido cautelar al demandado y la apelación con efecto suspensivo, pero se mantuvo la exigencia de la contracautela. Sin embargo, esta modificación duró poco pues el 5 de abril de 1992 se produjo el golpe del Estado del presidente Fujimori, quien empezó a gobernar mediante decretos leyes. A fin de evitar el uso del amparo para cuestionar las medidas a ser dictadas por el régimen autoritario,

mediante el Decreto Ley N° 25433, publicado el 17 de abril de 1992, se modificó nuevamente el artículo 31° de la Ley N° 23506, con el texto siguiente:

A solicitud de parte, en cualquier etapa del proceso y siempre que sea evidente la inminente amenaza de agravio o violación de un derecho constitucional, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, el juez podrá disponer la suspensión del acto que dio origen al reclamo.

De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta el juez o la Corte Superior resolverá dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que dicta el juez, o en su caso, la Corte será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos bajo responsabilidad.

La medida de suspensión decretada no implica la ejecución de lo que es materia del fondo mismo de la acción de Amparo.

Esta norma, a la vez que mantuvo la exigencia de la contracautela, restableció el traslado del pedido cautelar a la parte demandada y volvió a señalar que la apelación de la resolución era con efecto suspensivo. Asimismo, dispuso la intervención del Ministerio Público y señaló que el pedido cautelar no debía guardar relación con la controversia central del amparo.

El texto de esta norma estuvo vigente hasta varios años después de la renuncia del presidente Fujimori, siendo derogado expresamente recién en diciembre del 2004, cuando entró en vigencia el Código Procesal Constitucional. Mientras estuvo vigente el Decreto Ley N° 25433, a nivel de la doctrina se planteó un interesante debate sobre si los jueces podían ejercer el control difuso de constitucionalidad de las normas y decretar su inaplicación.

3.3.2.2.2 Código Procesal Constitucional

Los cuestionamientos a la regulación vigente desde 1992 respecto a la medida cautelar fueron suficientes para que en el proyecto original de Código Procesal Constitucional se eliminarán todos los requisitos que resultaban contrarios a la posibilidad de alcanzar una tutela procesal cautelar de los derechos fundamentales. En este sentido, el texto original del proyecto establecía:

Se pueden conceder medidas cautelares en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo. Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la eficacia de la decisión final.

El Juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 628, 630, 636, y 642 al 672.

Lamentablemente, la exposición de motivos del proyecto no señala mayores argumentos sobre la necesidad de este cambio, limitándose a precisar:

El importante desarrollo que ha tenido el tema cautelar en sede nacional, algunas veces positivo y muchas otras pernicioso, ha exigido a la Comisión un cuidado especial en su regulación. Lo que ocurre es que las medidas cautelares se mueven en nuestro sistema judicial entre Escila y Caribdis, es decir, entre peñascos y tormentas y, además, entre su trascendente necesidad y su cotidiano abuso. Sin embargo, es necesario regularlas más allá del temor y de la temeridad, por eso la Comisión opta por su ejecución inmediata — como enseña unánimemente la doctrina—, aplazando el contradictorio y la posibilidad de impugnarla (artículo 15). (Congreso de la República 2004a)

La Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República realizó cambios importantes al texto del artículo 15° del proyecto. En este sentido, en el Dictamen del 22 de marzo del 2004 se estableció un procedimiento especial para la tramitación de las medidas cautelares respecto a actos que tuvieran sustento en la normativa de los gobiernos locales y regionales. Sin embargo, el Dictamen solo contiene una breve reseña sobre el contenido del artículo 15°, sin precisar los cambios al texto original del proyecto. Al respecto señala lo siguiente: “Medida Cautelar de ejecución inmediata: Sanciona en el artículo 15 que la cautelar se dicta sin conocimiento de la parte contraria y que su apelación se concede sólo sin efecto suspensivo”. Será recién en el debate de este Dictamen en el Pleno del Congreso de la República, realizado el 6 de mayo del 2004, que se expondrán las razones de la precisión realizada al artículo 15°. Al respecto, el Congresista Amprimo Plá, Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento en el período legislativo 2003-2004, señaló:

¿Qué ocurre? Lo que ocurre es que muchas veces hay un gran número de acciones de garantía que se presentan contra instancias municipales o regionales porque, por ejemplo, se negó la licencia a un establecimiento; porque, por ejemplo, un establecimiento no cumplió o se ha limitado el permiso de circulación de una — digamos— línea de transporte; y, no es posible que un magistrado pueda dictar una medida cautelar que va a suspender los efectos de una resolución dada por un órgano competente y en base a sus facultades, sin siquiera conocer la opinión de ese organismo, porque justamente ese mecanismo es el mecanismo que ha servido para que en nuestro país, justamente, se debilite cada día más la autoridad municipal y regional, y no se le escuche siquiera para decir, bueno, dictamos estas medidas por estas razones.

Entonces, el procedimiento que prevé el artículo competente es fruto de la experiencia que ha tenido el Perú y que además está resumida en múltiples artículos sobre el particular que dan cuenta, justamente diríamos, de los abusos que por la vía de Acción de Garantía se están dando en este país.

Aquí se ha permitido el funcionamiento de prostíbulos clandestinos bajo el argumento del derecho de trabajo de las prostitutas. Aquí se ha permitido vías colapsadas con una serie de líneas de transporte bajo el argumento del derecho al trabajo; sin olvidar que acá hay derecho a la seguridad, derecho a la vida, derechos que también tiene la persona humana que tienen que ser, justamente, vistos en ese ámbito.

Entonces, lo que busca el artículo no es encarecer, justamente, el derecho de una persona que puede reclamar frente a una autoridad pública, sino que el juez tenga conocimiento para dar una resolución que va a dejar sin efecto una medida dictada por un órgano competente y como digo, esto surge a la luz de la experiencia, ¿no?

En consecuencia, el texto final del artículo 15° del Código, aprobado por el Pleno del Congreso de la República el 6 de mayo del 2004, contempló dos procedimientos diferentes para la concesión de la medida cautelar. Uno resultaba de aplicación para todos los pedidos de medida cautelar y el otro para los pedidos en que se buscara “dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional”. En el primer supuesto se aplicaba la medida cautelar según la nueva regulación, es decir, sin traslado del pedido a la otra parte y sin que la apelación afectara el cumplimiento de la medida otorgada. Respecto al segundo supuesto, se incorporaron dos párrafos al texto final del artículo 15° (el tercero y el cuarto), en donde se precisaba que la medida cautelar debía ser conocida en primera instancia por una corte superior y que debía correrse traslado del pedido a la otra parte, además de establecerse la intervención del Ministerio Público y que la apelación respectiva tenía efecto suspensivo, es decir, se reiteraban los mismos errores de la legislación anterior sobre la medida cautelar, sólo que ya no como regla general, sino para los casos de pedidos orientados a dejar sin efecto actos basados en la normativa regional y municipal.

Contra esta regulación especial de las medidas cautelares fue presentada una demanda de inconstitucionalidad, en la cual se alegó que la misma resultaba inconstitucional por ser contraria a la tutela procesal cautelar reconocida en la Constitución y al derecho a la igualdad (al establecer dos procedimientos de medida cautelar sin justificación alguna). La demanda fue presentada en setiembre del 2005 y la sentencia del Tribunal Constitucional (23-2005-AI) fue publicada el 1 de diciembre del 2006 en el diario oficial *El Peruano*. La demora de un año y dos meses para resolver la controversia llama la atención, dado que no era un caso particularmente complejo desde un punto de vista jurídico normativo, aunque sí desde una perspectiva práctica, pues las medidas cautelares constituían un problema para el Estado, no tanto por las demandas de amparo contra actos de los gobiernos locales o regionales, sino por las demandas contra el Poder Ejecutivo orientadas a que los jueces ordenen la inaplicación de normas que regulaban determinadas actividades económicas, en particular el funcionamiento de los casinos y máquinas tragamonedas.

El Tribunal declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, con lo cual justificó la decisión del Congreso de la República de establecer dos procedimientos diferentes respecto a la medida cautelar. En este sentido señaló que “las disposiciones cuestionadas del denominado procedimiento cautelar especial para el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales tienen como finalidad la protección de garantías institucionales establecidas en la Constitución, como son la autonomía local y regional (artículos 191.º y 194.º), las que se podrán ver afectadas por el dictado de determinadas medidas cautelares arbitrarias” (fundamento 74 de la sentencia). Después de identificar el objetivo que justificaba establecer procedimientos de medida cautelar diferentes, el Tribunal aplicó el test de la igualdad (o test de

proporcionalidad respecto al derecho a la igualdad) y concluyó que la decisión de adoptar procedimientos distintos era idónea, necesaria y proporcional. Sobre este punto concluyó que “en comparación con los justiciables que soliciten una medida cautelar en casos distintos [...], sus derechos fundamentales al libre acceso a la jurisdicción, a la tutela cautelar y al debido proceso no se ven afectados desproporcionada e irrazonablemente” (fundamento 77).

De esta manera, el Tribunal validó la potestad del legislador para establecer procedimientos diferentes respecto al trámite de la medida cautelar en el proceso de amparo y que uno de ellos contemplara la intervención del Ministerio Público, la posibilidad de solicitar informe oral, la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo, el trámite de la medida cautelar ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, y el traslado del pedido a la parte demandada.

Esta decisión del Tribunal tiene que ser analizada de forma conjunta con la reforma al Código Procesal Constitucional realizada mediante la Ley N° 28946, publicada el 24 de diciembre del 2006, es decir, en el mismo mes en que el Tribunal expidió la sentencia que acabamos de comentar. Precisamente, a través de esta ley se modificó nuevamente el artículo 15° del Código, pero no con la finalidad de volver a su texto original, sino para establecer algunos cambios en lo referido a los pedidos de medida cautelar contra actos basados en la normativa municipal y regional, y –lo más importante- establecer reglas especiales para el caso de los pedidos de medida cautelar contra normas que regulan el funcionamiento de casinos y máquinas tragamonedas. Explicamos a continuación ambos cambios.

La modificación del artículo 15° del Código sobre el procedimiento de medidas cautelares en las demandas contra actos basados en la normativa municipal y regional resultó extraña, pues el Tribunal había decretado su compatibilidad con la Constitución. En todo caso, a través de la Ley N° 28946 se eliminó de este procedimiento especial la posibilidad de solicitar informe oral, la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo y que la medida cautelar sea tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema. Sin embargo, se mantuvo la intervención del Ministerio Público y el traslado del pedido cautelar a la parte demandada.

La otra modificación del artículo 15° del Código estuvo referida a las medidas cautelares en que se solicitaba la inaplicación de normas autoaplicativas. Esta modificación tuvo su origen en una propuesta del Poder Ejecutivo (Proyecto de Ley N° 747/2006-PE) presentada ante el Congreso de la República el 2 de diciembre del 2006, es decir, al día siguiente de publicada la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del mencionado artículo 15°. En la exposición de motivos de la propuesta es posible identificar la preocupación del Poder Ejecutivo por la indiscriminada presentación y concesión de medidas cautelares dirigidas a obtener la inaplicación de las normas dictadas para regular el funcionamiento de los casinos y máquinas tragamonedas. Los siguientes extractos son bastante ilustrativos:

La proliferación de medidas cautelares destinadas a declarar la inaplicación in abstracto de normas legales ordinarias, como por ejemplo las relativas al Juego de Casino y Máquinas Tragamonedas, obtenidas en mérito al artículo 15° del Código Procesal Constitucional, ha provocado desorden e inseguridad jurídica. [...]

[...] asimismo, resulta imprescindible resguardar el orden, la legalidad y la coherencia en un Estado de Derecho, por tal razón deberá establecerse que las apelaciones contra

las resoluciones judiciales que tengan por objeto vía medida cautelar declarar la inaplicación de una norma legal autoaplicativa, se concederán con efecto suspensivo, porque a toda norma legal le asiste la presunción de legalidad, legitimidad y validez, y su inaplicación aún cuando fuere para un caso concreto tiene enorme trascendencia en la vida jurídica del país y su institucionalidad. [...]

El beneficio que se pueda obtener es lograr que los Jueces cuenten con reglas más claras a fin de evitar el mal uso de las medidas cautelares en sede constitucional y, evitar así el desprestigio del Poder Judicial, con estas modificaciones se busca desincentivar conductas maliciosas y fortalecer la confianza en la judicatura nacional en aras a la unidad, coherencia y plenitud del sistema jurídico.

Esta propuesta de modificación al artículo 15° del Código fue aprobada por el Pleno del Congreso por 67 votos a favor, cero en contra y tres abstenciones. En el respectivo diario de debates –correspondiente a la sesión del 21 de diciembre del 2006- se aprecia que no hubo mayor discusión sobre su contenido, salvo la exposición del Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, en sentido favorable a la propuesta¹²¹.

Sin embargo, como era de esperarse, los problemas relacionados con la medida cautelar en los procesos de amparo contra normas legales no acabaron con las modificaciones efectuadas mediante la Ley N° 28946. El propio Tribunal Constitucional ha tenido que dictar sentencias con calidad de precedente vinculante, orientadas a dejar sin efecto las resoluciones del Poder Judicial que han inaplicado normas declaradas compatibles con la Constitución por el Tribunal. Tal situación se ha presentado de modo particular en el caso de las normas que prohíben la importación de autos usados, dictadas con la finalidad de proteger derechos fundamentales, como la salud y el medio ambiente.

¹²¹ Para tener un panorama completo del problema de los amparos contra las normas que regulaban la actividad de los casinos y máquinas tragamonedas se debe hacer mención a la demanda de conflicto competencial presentada el 13 de octubre del 2006 por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial y que fuera declarada fundada por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia 6-2006-PC, publicada el 22 de marzo del 2007. En este fallo se dejaron sin efecto diversas resoluciones judiciales que resultaban contrarias a la jurisprudencia del Tribunal sobre la constitucionalidad de las normas antes mencionadas.

Muestra de esta situación se refleja en los fundamentos 23 y 28, así como en el punto resolutivo N° 1 inciso e) de la sentencia 0001-2010-CC (caso Poder Ejecutivo vs Poder Judicial), publicada el 12 de agosto del 2010, en la cual el Tribunal Constitucional señaló:

A pesar de que la constitucionalidad de [las normas] fue confirmada y reafirmada por las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, es de público conocimiento que, después de la publicación y difusión del precedente vinculante [nota del autor: se refiere al precedente publicado el 18 de junio del 2010 en la página web del Tribunal Constitucional], algunos jueces han seguido emitiendo medidas cautelares en claro desacato y contravención a las reglas establecidas en él.

Dicha conclusión resulta inequívoca, debido a que en el tercer punto resolutivo de la STC 05961-2009-PA/TC este Tribunal estableció como precedente vinculante que “todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPCConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo”. [...]

De otra parte, este Tribunal considera importante destacar que todas las medidas cautelares que disponen la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 y que permiten la libre importación de vehículos automotores y partes usados, han sido dictadas en contravención del límite de irreversibilidad de las mismas previsto en el artículo 15º del CPCo, por cuanto los vehículos automotores y partes usados que ingresan al país y son entregados a los demandantes automáticamente ingresan al mercado para ser transferidos a terceros, tornando en imposible que nuevamente dichos bienes regresen a las Aduanas en caso de que la demanda sea desestimada en forma definitiva.

En estos casos, resulta de aplicación el artículo 16º del CPCo, cuyo texto prescribe que el “sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad”, y que de verificarse la misma, en “modo adicional a la condena de

costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal”. [...]

Las medidas cautelares que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, además de ser nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales, generan que se promueva la declaración de responsabilidad civil tanto de jueces, abogados y demandantes.

También es posible identificar problemas relacionados con la medida cautelar en los procesos de amparo relacionados con actos administrativos del Poder Ejecutivo sobre los límites permitidos para la actividad pesquera, medidas adoptadas para garantizar los recursos naturales. Este problema buscó ser solucionado mediante la Ley N° 29639, publicada el 24 de diciembre del 2010, que si bien no modifica un artículo expreso del Código Procesal Constitucional, regula el otorgamiento de medidas cautelares en general referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos. El artículo 2º de esta ley señala que “el trámite de medida cautelar solicitada en cualquier tipo de proceso judicial, incluidos los procesos constitucionales, se sujeta exclusivamente a lo dispuesto en los artículos 608º y 630º del Código Procesal Civil y demás normas de dicho Código que resulten aplicables”.

Esta Ley N° 29639 tuvo su origen en una propuesta del Poder Ejecutivo (Proyecto de Ley 4535/2010-PE, presentado el 3 de diciembre del 2010), en cuya exposición de motivos se señalaba:

En lo que se refiere a la modificación de las condiciones procesales, debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha considerado ya anteriormente [nota del autor: se refiere a la sentencia 6-2006-PC/TC] que el accionar del Poder Judicial no es irrestricto

e infalible, habiendo señalado que la actuación judicial puede ser corregida al determinar que se ha expedido disposiciones que dan lugar a exoneraciones o incumplimiento de requisitos legales exigidos, por lo que una limitación en el ámbito de las medidas cautelares, que por su naturaleza son provisionales, resulta razonable. [...]

Como se adelantó, las reglas especiales para las medidas cautelares se sustentaron en la necesidad de garantizar los recursos naturales hidrobiológicos y el medio ambiente. En este sentido, la misma exposición de motivos establecía:

A fin de salvaguardar los recursos naturales ante la irrupción de medidas dictadas de manera provisional por el Poder Judicial que afectan directamente a los recursos naturales y consecuentemente al medio ambiente, se plantea una precisión en los requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares, considerando que los perjuicios que el medio ambiente recibe por un uso no previsto de esos recursos debe ser compensado y reparado adecuadamente. [...]

Del análisis Costo – Beneficio, debemos señalar que el presente proyecto contribuirá a la disminución de las medidas cautelares emitidas sin tener en cuenta lo dispuesto en las normatividades sectoriales vigentes, permitiendo la protección de los recursos naturales. [...]

Al respecto debe mencionarse que el ordenamiento procesal vigente no ha considerado de manera especial la afectación que se produce a través de los mandatos cautelares que otorgan el uso y disfrute de los recursos naturales. El diagnóstico actual es que esta situación se viene presentando en la actualidad de manera recurrente, sin la ponderación del recurso natural afectado que debería ser protegido.

Sobre esta ley es interesante hacer referencia al debate respectivo realizado en el Pleno del Congreso de la República el 16 de diciembre del 2010. Al sustentar el proyecto, exonerado del dictamen de comisiones, el Congresista Castro Stagnaro, Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, señaló:

[...] el Proyecto de Ley N.º 4535-2010 que proviene del Poder Ejecutivo [...] tiene por finalidad regular el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción y/o explotación de recursos naturales.

[...] en esta oportunidad [...] de lo que se trata es de que el Congreso sea sensible a un tema que viene ocurriendo en la explotación de los recursos naturales. Hoy en día hay una proliferación en todo el país de medidas cautelares para promover la explotación, medidas cautelares que se gestionan ante el Poder Judicial, por cierto, para promover la explotación sin autorización de una serie de recursos naturales, particularmente, señor Presidente, en el caso de lo referido a la pesca.

Ahora, [...] de lo que se trata y de lo que motiva la presentación de este proyecto es, precisamente, que esta práctica ilegítima, irregular de extraer recursos naturales, violentando el medio ambiente, dañando el medio ambiente, de pronto corrompiendo autoridades, ejerciendo ilegítimamente sin permiso de las autoridades encargadas del control correspondiente administrativo sectorial y ambiental, pues de aquí en adelante tenga una suerte de control, porque no puede seguirse entregando vía acción cautelar explotación de recursos naturales simple y llanamente de la forma como se está haciendo.

En esta misma sesión estuvo presente el Ministro de la Producción, Jorge Villasante, quien al hacer uso de la palabra expuso razones adicionales a favor del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, explicando los problemas identificados como consecuencia de la concesión de medidas cautelares:

Durante dos temporadas de pesca, hablo la segunda del año 2009 y la primera del año 2010, en virtud de mandatos judiciales obtenidos así de esta manera [...] se han capturado recursos de anchoveta más o menos por el valor de veinte millones de dólares [...].

Ahora, esto cuando tenía 27 medidas cautelares vigentes. De setiembre de este año al día de hoy son más de 37 medidas cautelares que se han venido dictando y que ya están siendo notificadas al Ministerio de la Producción, es decir aquí, efectivamente, hay un tráfico [...] de medidas cautelares, y contra las cuales el Estado una vez que se dictan sentencias declarando infundadas las demandas, no existe posibilidad de que el Estado se resarza rápida y efectivamente del perjuicio que se le viene causando.

Aquí, estamos hablando [...] de recursos naturales; estamos hablando efectivamente de garantizar la sostenibilidad en este caso de la biomasa, y hablando de un recurso tan importante para el país como es la anchoveta.

Efectuada la votación respectiva, la propuesta del Ejecutivo fue aprobada por 84 votos a favor, uno, en contra y dos abstenciones.

Como cierre de esta reseña de los cambios normativos sobre la medida cautelar en el proceso de amparo deseamos hacer referencia al Proyecto de Ley 4655/2010-PE, presentado el 3 de febrero del 2011 por el Poder Ejecutivo, por medio del cual se propuso modificar nuevamente el artículo 15° del Código. De modo particular nos interesa hacer mención a la exposición de motivos, en la cual el Ejecutivo señala de forma directa que una de las razones para presentar su propuesta es la corrupción identificada en el Poder Judicial respecto a la concesión de medidas cautelares. En este sentido afirma (Poder Ejecutivo del Perú 2011: 6):

[...] lamentablemente puede constatarse una creciente y preocupante incidencia del uso que viene dándose a las medidas cautelares en los procesos de amparo que distorsionan su sentido tuitivo original y pueden convertirse en un riesgo para la seguridad jurídica y la seguridad económica de nuestro país. Ello constituiría un espacio que puede ser aprovechado para justificar la comisión de actos de corrupción que favorecen únicamente a intereses económicos o políticos de particulares, sin considerar el grave perjuicio que pueden ocasionar a la población y a la gobernabilidad del Estado peruano. En este sentido la corrupción se viene aprovechando de la vulnerabilidad del sistema para introducirse y lograr cada vez más que proliferen medidas cautelares que dispongan, entre otros supuestos, la paralización de grandes obras nacionales o la inaplicación de fallos judiciales y del Tribunal Constitucional. Frente a estos riesgos se hace necesario proponer alternativas que permitan a la ciudadanía ejercer racional y razonablemente su derecho a solicitar medidas cautelares dentro de un proceso de amparo. Es en ese contexto que y en el seno de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, se plantea esta iniciativa [...].

Si bien este último proyecto no llegó a ser aprobado, deja en claro que a inicios del 2011 los problemas relacionados con las medidas cautelares en los procesos de amparo continuaban presentándose, reconociéndose de forma clara por vez primera que la corrupción en el sistema judicial era uno de sus principales orígenes.

A lo expuesto se debe agregar que el 9 de mayo del 2012 fue publicada en El Peruano la Resolución Administrativa N° 188-2012-P/PJ, emitida por la Presidencia del Poder Judicial. El hecho no pasaría de ser una de las innumerables resoluciones del Poder Judicial que suelen ser publicadas, sino fuera porque a través de ella la máxima autoridad judicial del país reconoce que existen jueces que no cumplen las leyes, por lo que se hace necesario exhortarlos a que las cumplan. El tema guarda relación con nuestro tema de investigación, pues las leyes a las cuales hace referencia la citada resolución se relacionan con el marco legal que regula la concesión de medidas cautelares en todo tipo de proceso, incluidos los procesos constitucionales, en los cuales la controversia gire en torno a la impugnación de resoluciones administrativas relacionadas con la actividad pesquera en el país. De modo particular interesa citar el Cuarto considerando de la resolución de la Presidencia del Poder Judicial, en el cual se señala:

Que pese a la vigencia de las normas legales mencionadas [se refiere al Decreto Legislativo N° 1084 y a la Ley N° 29639], se ha constado [sic] que algunos jueces no están cumpliendo a cabalidad con su debida aplicación, por lo que se hace necesario exhortarlos a la debida observancia de sus deberes conforme lo dispone el artículo 34°, inciso 1, de la Ley de la Carrera Judicial, Ley N° 29277, por lo que cualquier infracción a los mismos importan responsabilidad funcional, conforme se anotó en su oportunidad por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial a través de la Resolución de Jefatura N° 006-2011-J-OCMA/PJ, del 12 de enero del 2011.

En atención a considerandos como éste, en el primer punto resolutivo de la Resolución se resuelve: “Exhortar a los jueces de la República a dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1084 que regula la intervención litisconsorcial del Ministerio de la Producción en todos los procesos en los que se discuta la titularidad de una permiso de pesca, el derecho de sustitución de bodega, el límite máximo de captura por embarcación y, en general, cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de los recursos hidrobiológicos. Asimismo, a aplicar debidamente la Ley N° 29639 referente al otorgamiento de medidas cautelares relacionadas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales”. Sin dudas, una clara manifestación de que los problemas relacionados con la aplicación de las normas que regulan las medidas cautelares continúan presentándose, pese al marco legal vigente sobre la materia.

3.3.3 Eficacia horizontal de los derechos fundamentales (amparo contra particulares)

Con frecuencia, las demandas de amparo orientadas a proteger el derecho al medio ambiente son dirigidas contra actos de particulares, a fin de cuestionar el desarrollo de alguna actividad que se considera que afecta este derecho. Tal situación justifica explicar los alcances de la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

3.3.3.1 Aspectos generales

La eficacia horizontal es un concepto por medio del cual se entiende que el respeto y garantía de los derechos fundamentales no solamente es exigible al Estado (*eficacia vertical*) sino también a los particulares (*eficacia horizontal*). La extensión de este ámbito de exigibilidad es consecuencia de lo que ocurre en la realidad, en donde la afectación de tales derechos no sólo se produce como resultado de la conductas de las autoridades estatales, sino también por acciones de los particulares, lo cual se refleja en ámbitos como el trabajo, la salud, la educación, el medio ambiente, entre otros. Sin embargo, el tema no ha sido asumido pacíficamente a nivel de la doctrina y las experiencias comparadas:

La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares (*Drittwirkung*) y no sólo frente a los poderes públicos, es una insistente pretensión de parte de la doctrina, cuya admisión no deja de plantear problemas, pero cuyo total rechazo parece muy difícil de sostener en términos generales, es decir, como negación de todo tipo (directo o indirecto) de eficacia. (Aragón 1999: 216)

A fin de evitar dudas sobre la exigibilidad de los derechos fundamentales frente a particulares, los modernos textos constitucionales suelen hacer referencia expresa a este tema, sea de forma directa, es decir, precisando que también corresponde a los particulares el respeto y garantía de los derechos fundamentales, o de forma indirecta, como ocurre, por ejemplo, cuando se precisa que sí cabe presentar una demanda de amparo contra particulares contra una acción u omisión que afecta estos derechos. En aquellos supuestos en donde los textos constitucionales no señalan nada al respecto, el tema ha quedado en manos de la jurisprudencia.

A este debate se debe agregar que un conflicto que involucre a particulares presenta elementos especiales que deben ser tomados en cuenta y que no están presentes cuando la demanda respectiva es presentada contra particulares. En concreto, nos referimos al conflicto entre derechos fundamentales que se presenta y la necesidad de resolver el mismo a partir de la técnica de la ponderación. Respecto a los derechos involucrados, por lo general la necesidad de proteger el derecho al medio ambiente implica la limitación o restricción de las libertades económicas, escenario en el cual existen intereses de un colectivo de personas que buscan ser salvaguardados frente a actividades que por lo general provienen de personas jurídicas.

3.3.3.2 Experiencias comparadas

Existen diferentes posiciones asumidas en el derecho comparado sobre la posibilidad de presentar una demanda de amparo contra particulares, pues en algunos países se acepta y en otros no, existiendo una tercera opción, en función de la cual se admite presentar demandas de amparo contra particulares, pero sólo en determinadas circunstancias.

Como un ejemplo de la primera opción, que niega la posibilidad de presentar una demanda de amparo contra particulares, se puede citar el caso de México, cuyo texto constitucional, al precisar en su artículo 103º el ámbito de protección de este proceso dispone: “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de autoridad que violen las garantías constitucionales”. Similar precisión se realiza en el artículo 1º fracción 1 de la Ley de Amparo. Como consecuencia de la mención expresa que se realiza a nivel normativo (Constitución y

ley) a los denominados *actos de autoridad*, las autoridades jurisdiccionales mexicanas han interpretado que no cabe el empleo del amparo contra particulares:

En México, la jurisprudencia tradicional ha establecido muy pocos criterios interpretativos en los que se reconozcan los efectos horizontales de los derechos fundamentales. Esto ha sido consecuencia [...] de la concepción que históricamente se ha tenido de los propios derechos (llamados, con la terminología del siglo XIX, “garantías individuales”), la cual además se ha proyectado a un concepto articulador de todo el sistema del derecho de amparo, que es el “concepto de autoridad para efecto del amparo”. (Carbonell 2007: 211).

Reforzando esta apreciación se ha señalado:

Quedan abiertas varias incógnitas con relación a México. Es evidente el carácter restrictivo, en cuanto al concepto de autoridad responsable, del artículo 103 constitucional. Ahora bien, ante la doble circunstancia de morosidad legislativa y de apremio social en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, ¿cabría considerar que la falta de defensa de los derechos fundamentales por parte de particulares es imputable, en último término, a los órganos del poder? Pensando así, ¿serían aplicables en México las ricas experiencias jurisprudenciales extranjeras? Estoy convencido de que sí es posible; de que la naturaleza de la Suprema Corte le permite ampliar razonablemente los medios de defensa de los justiciables, e integrar, mediante una interpretación acorde con los principios del orden constitucional, una laguna que hace vulnerables los derechos fundamentales de los mexicanos. (Valadés 2011: 467)

Respecto a la tesis que acepta el carácter horizontal de los derechos fundamentales y la procedencia del amparo contra particulares, sin establecer condición alguna, se puede citar el caso de Portugal, cuyo artículo 18, inciso 1, de la Constitución de 1976 dispone: “Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vincularán a las entidades públicas y privadas”.

A nivel de América Latina corresponde citar el caso de Argentina, donde el amparo contra particulares fue establecido a nivel jurisprudencial en 1958 mediante el caso Samuel Kot. Aunque la posterior legislación sobre el amparo (Ley 16986) señaló que procedía únicamente contra autoridades públicas, la Constitución de 1994 reconoció nuevamente la procedencia del amparo contra particulares al disponer lo siguiente en su artículo 43º: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares”.

A un nivel intermedio, es decir, aceptando el amparo contra particulares pero para determinados casos, se puede citar lo que ocurre en Colombia, en donde el último párrafo del Artículo 86º de la Constitución dispone: “[...] La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. La ley a que hace referencia este artículo es el Decreto 2591 de 1991, cuyo artículo 42º precisa los supuestos en que cabe una demanda de amparo contra particulares:

- *Acción de tutela contra particulares que prestan servicios públicos:* Este supuesto se encuentra previsto en la Constitución y sobre el mismo el Decreto 2591 señala que la acción de tutela procede contra los particulares que prestan los servicios públicos domiciliarios, de educación y de salud. En un inicio, en los dos últimos casos se condicionó el empleo de la tutela a la lesión de ciertos derechos fundamentales (como la vida, la intimidad, etc.), pero la Corte Constitucional declaró inconstitucional esta limitación. En la sentencia respectiva señaló que la

Constitución sólo faculta al legislador para precisar las situaciones o circunstancias en las que procede la tutela contra particulares, pero no los derechos que puede invocar el solicitante como fundamento de su pretensión¹²².

- *Acción de tutela contra particulares respecto a quienes el demandante se encuentra en una relación de subordinación o indefensión:* Para aclarar los alcances de este supuesto previsto en la Constitución, la Corte Constitucional ha desarrollado los conceptos de subordinación e indefensión. Por subordinación se ha entendido la relación de dependencia jurídica del demandante frente al demandado, situación que se presenta, por ejemplo, en el caso del trabajador en relación al patrono o del hijo en relación a los padres que ejercen la patria potestad. De otro lado, por indefensión se ha entendido la situación fáctica por medio de la cual una persona queda sometida al poder de otra, sin poder reaccionar de manera efectiva por carecer de los medios jurídicos o materiales necesarios, situación que se presenta, por ejemplo, en el caso del miembro de una familia que es víctima de maltratos físicos por parte de otro de sus integrantes¹²³.
- *Acción de tutela contra particulares que desconozcan la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos:* Este supuesto busca reforzar la prohibición de estas prácticas prevista en el artículo 17° de la Constitución de Colombia.
- *Acción de tutela contra particulares que afecten la intimidad a través de registros o bancos de información (protección de datos personales):* A partir del

¹²² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-134/94, del 17 de marzo de 1994.

¹²³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-338/93, del 24 de agosto de 1993 y T-293/94, del 27 de junio de 1994.

reconocimiento del derecho a la protección de datos personales en el artículo 15° de la Constitución, la Corte Constitucional ha señalado que el “hábeas data” constituye un derecho fundamental, cuyo núcleo esencial radica en la defensa de la autodeterminación informativa, en cuya virtud la persona a la cual se refieren los datos que reposan en un archivo público o privado está facultada para autorizar su conservación, uso y circulación.

- *Acción de tutela contra particulares respecto a la rectificación de informaciones inexactas o erróneas:* En estos casos, a la demanda respectiva se anexa la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en las condiciones exigidas para asegurar su eficacia.
- *Acción de tutela contra particulares que actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas:* En estos supuestos, el particular que asume una función pública tiene una posición semejante a la de un servidor público, por lo que la actuación que cumpla con ese carácter se somete a idénticos controles judiciales (Cifuentes 1997:108).

Sobre los fundamentos que justifican la procedencia del amparo contra particulares, la Corte Constitucional de Colombia (1993) ha señalado:

Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se

suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad [...]. La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria.

En consecuencia, las experiencias comparadas demuestran que en torno a la posibilidad de presentar una demanda de amparo contra particulares existen diferentes respuestas, las cuales están condicionadas a lo que sobre la materia dispongan las normas constitucionales.

3.3.3.3 El caso peruano

La Constitución de 1993 contiene disposiciones en las cuales es posible identificar el reconocimiento de la exigibilidad del respeto y garantía de los derechos fundamentales, no solo por parte del Estado sino también de los particulares. Al respecto, el artículo 1° señala que la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, con lo cual no cabe la menor duda al respecto. A ello debe agregarse que el artículo 200°, inciso 2°, del texto constitucional señala que el proceso de amparo procede contra actos de particulares que afecten derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional conoce de manera frecuente casos de amparo presentados contra particulares, sin que a través de su jurisprudencia haya buscado limitar esta posibilidad. Esta tendencia se ha manifestado especialmente en el ámbito de la tutela de los derechos laborales, de la libertad de asociación, el derecho a la educación, el

derecho al honor, entre otros. En los últimos años, se han presentado importantes casos de amparo contra particulares con la finalidad de proteger el derecho al medio ambiente, sustentadas en que el desarrollo de determinadas actividades económicas resultan contrarias a este derecho.

3.3.4 Actuación inmediata de sentencia impugnada

La tutela procesal que se busca obtener a través de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales requiere de instrumentos que garanticen su efectividad, incluso antes de que los procesos hayan culminado, uno de los cuales consiste en otorgar al juez la facultad para disponer el cumplimiento de la sentencia estimatoria de primer grado, sin perjuicio de que contra lo decidido se presente una apelación. Nos referimos a la *actuación inmediata de sentencia impugnada*. Sobre los alcances de esta institución se ha señalado:

[...] la actuación inmediata de la sentencia impugnada es el instituto procesal, especie de tutela anticipatoria, por medio de la cual se concede a la parte que ha obtenido una decisión favorable en primer grado, el derecho a la actuación de la decisión que lo favorece, con prescindencia de que la resolución vaya a estar o esté recurrida por la parte perdedora.

El instituto en estudio desarrolla su ámbito de aplicabilidad en la zona de intersección entre dos intereses, por un lado, el riesgo que debe soportar el litigante inicialmente vencedor, quien debe hacer frente a la demora del segundo grado, y por otro, el interés de la jurisdicción de no conceder el vencedor inicial más de lo que le corresponde recibir [...]

Desde otra perspectiva, la institución aparece como una especie de término medio, en el sentido que matiza la opción extrema de no conceder materia recursiva alguna (situación totalmente favorable al vencedor del primer grado) al agraviado con la sentencia. (Monroy Gálvez 2002: 206-207)

En el derecho comparado, esta institución aparece reconocida a nivel constitucional en Bolivia, cuya Constitución del 2009 dispone, como regla general para todos los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, que la decisión de primera instancia de los jueces, por medio de las cuales se declara fundada la demanda y se concede la tutela procesal solicitada, debe ser actuada de forma inmediata, sin perjuicio que la sentencia sea elevada a conocimiento del Tribunal Constitucional para su respectiva revisión¹²⁴.

Esta institución procesal no constituye la regla general en nuestro ordenamiento jurídico-procesal, en donde el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia que declara fundada una pretensión queda en suspenso como consecuencia de la presentación del respectivo recurso de impugnación. Sin embargo, podría ser aplicada en determinados procesos, que el legislador debe determinar, a fin de garantizar de forma urgente un derecho o algún otro bien jurídico.

El Código Procesal Constitucional introdujo la actuación inmediata de sentencia impugnada en los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento a través del artículo 22º, pero su redacción generó diversas dudas sobre si realmente se estaba reconociendo dicha institución procesal y sobre el procedimiento a seguir para su aplicación. Una de las razones de la confusión se debe a que el citado artículo aborda diferentes materias, como la actuación inmediata de la sentencia impugnada, el mandato sobre el cumplimiento de las sentencias finales conforme a sus propios términos y las medidas coercitivas aplicables en caso de incumplimiento de

¹²⁴ Se pueden revisar al respecto los artículos 127 inciso 1, 129 inciso V y 131 inciso V de la Constitución de Bolivia del 2009, referidos a los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data, respectivamente, en los cuales se señala que la decisión final que conceda la tutela procesal será ejecutada inmediatamente y sin observación, y será elevada, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional.

sentencias. Al respecto, corresponde citar los dos primeros párrafos del artículo 22° del Código, que señalan lo siguiente:

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. [...]

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. [...].

La confusión en el texto del Código se origina porque el primer párrafo del artículo 22° señala que la “sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda”, con lo cual se puede entender que el contenido de este artículo –incluyendo el párrafo segundo sobre la actuación inmediata- está relacionado con las sentencias respecto de las cuales no cabe recurso de impugnación alguno, es decir, la sentencia final y definitiva de un proceso. Si bien para quienes conocen el tema esta interpretación no resulta razonable, no olvidemos que estamos frente a un tema procesal poco conocido en el país.

A pesar de la confusión, corresponde a los operadores jurídicos realizar una interpretación de las normas en atención a la finalidad y objetivos de las instituciones que buscan regular. En este sentido, dado que los procesos de tutela de derechos fundamentales encuentran su fundamento en la necesidad de garantizar una tutela rápida, sencilla y urgente de estos derechos, lo acorde con dicha protección es que el legislador reconozca para estos procesos la actuación inmediata de sentencia impugnada, siendo desde esta perspectiva que debe ser leído el artículo 22° del Código, dejando de lado las interpretaciones literales que pueden llevar a que los procesos constitucionales no cumplan su objetivo.

Sin embargo, la realidad demuestra que esta forma de interpretar los alcances del artículo 22° no se ha concretado en la práctica, dado que los jueces y litigantes casi no invocan o aplican la actuación inmediata de sentencia impugnada, razón por la cual el Tribunal Constitucional ha emitido diversas sentencias con la finalidad de orientar sobre los correctos alcances de esta institución. Uno de sus primeros fallos fue emitido en el año 2007 -sentencia 5994-2005-HC (caso Centro de Orientación Familiar) publicada el 25 de mayo del 2007- pero se trató de una aproximación bastante general. Será recién en el 2010, es decir, casi cinco años después de la vigencia del Código, que el tema de la actuación inmediata de sentencia impugnada merecerá un tratamiento más sustantivo por parte del Tribunal, aunque no libre de críticas. Nos referimos a la sentencia 607-2009-PA (caso Flavio Jhon Rojas), publicada el 18 de marzo del 2010 y emitida por una de las salas del Tribunal, en la cual determinó la relación entre la actuación inmediata de sentencia impugnada y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Al respecto señaló:

46. [...] una postura favorable a la ejecución de la sentencia estimatoria de primer grado en el amparo –en lugar de reservarla exclusivamente para la etapa final del proceso–, protege adecuadamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, por dos órdenes de razones: 1) porque la sentencia de primer grado es ante todo una decisión obligatoria; y 2) porque esa decisión merece una ejecución acorde con el carácter perentorio y urgente que caracteriza al amparo.

Del mismo modo, en esta sentencia el Tribunal precisó que la incorporación de la actuación inmediata de sentencia impugnada no implicaba una afectación del derecho a la doble instancia o a la impugnación de resoluciones judiciales, garantías que forman parte del debido proceso legal. En este sentido estableció:

57. [...] el efecto suspensivo de los recursos no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias.

58. En efecto, todo recurso de apelación [...] tiene por contenido necesario la simple revisión de la decisión judicial por un órgano superior, pero en modo alguno conlleva un derecho similar a la estimación del recurso. Y es que, en buena cuenta, la subsanación del supuesto error impugnado constituye tan sólo un efecto probable, mas no de seguro cumplimiento, de los medios impugnatorios. En esa medida, pues, puede afirmarse que el régimen de efecto suspensivo de los recursos, al impedir la ejecución de la sentencia apelada, termina garantizando al demandado un resultado que es sólo contingente y aleatorio; lo que contrasta, en todo caso, con el derecho cierto del demandante que ha sido reconocido en la sentencia estimatoria de primer grado.

En la misma decisión, y a modo de un guía o manual operativo, el Tribunal establece una serie de reglas a ser observadas por los órganos jurisdiccionales para aplicar la actuación inmediata de sentencia impugnada, tales como el juez competente para tomar la decisión respectiva, los sujetos legitimados para solicitarla, entre otros aspectos procesales que no encuentran una respuesta en el texto del Código.

De todas estas materias, la más controvertida se relaciona con las excepciones a la actuación inmediata, dado que no están previstas en el Código, cuyo texto señala que la sentencia que ordena dar, hacer o no hacer “es” de actuación inmediata. Si bien el Código no estableció excepciones, la doctrina procesal reconoce que en determinadas circunstancias, a criterio del juez, no corresponde decretar la actuación inmediata de una sentencia:

[...] nos parece atendible que, aún cuando fuese en un número mínimo, se establezcan taxativamente los casos en que no procede la actuación anticipada. [...] Como es evidente, el criterio del legislador debe estar alerta para evitar el empleo del instituto en aquellos casos en que se produzca la irreversibilidad con su actuación, es decir, en aquellos en los que la actuación de la sentencia impugnada produzca efectos que la eventual sentencia revocatoria no podrá declararlos ineficaces ni ordenar su reparación,

en tanto son efectos que no soportan retorno y tampoco son pasibles de reparación patrimonial en atención a su particular calidad. (Monroy Gálvez 2002: 221)

Sobre este tema, en la sentencia 607-2009-PA el Tribunal precisó que la actuación inmediata puede ser parcial. En este sentido señaló:

63. [...] por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, sólo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales [que el propio Tribunal señala en la sentencia].

Sin embargo, antes que presupuestos, a lo que el Tribunal se refiere es a los criterios que tienen que ser evaluados por la autoridad judicial, entre los que se encuentra la irreversibilidad y proporcionalidad de la medida. Por lo primero se entiende que la actuación inmediata “no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante”. Sobre lo segundo el Tribunal señaló:

63. [...] no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.

Un ejemplo vinculado a la protección del derecho al medio ambiente puede permitir comprender estas excepciones. Supongamos que una empresa decide construir una fábrica en una zona considerada como un área protegida para garantizar el medio

ambiente, ante lo cual se presenta la respectiva demanda de amparo, con la finalidad de que se ordene el desmantelamiento de la fábrica. En caso el juez de primer grado estime fundada la demanda, le corresponde evaluar si ordenar esto último perjudicaría de manera irreversible a la empresa demandada.

Un criterio no mencionado por el Tribunal pero que también debería ser estimado por los jueces es el grado de certeza que puede existir respecto a la confirmación del fallo de primer grado en las instancias superiores, situación que sólo puede darse en aquellos casos en donde existan casos similares resueltos con anterioridad, como por ejemplo, en materia de amparos sobre temas previsionales o laborales, en donde existe amplia jurisprudencia constitucional.

Si bien los criterios esbozados por el Tribunal para aplicar correctamente la actuación de la sentencia impugnada son importantes, llama la atención que haya establecido la posibilidad que el juez pueda pedir una contracautela cuando la pretensión posea algún contenido patrimonial, lo que podría convertirse en un serio obstáculo para que se ordene la actuación inmediata, como ocurrió en la legislación procesal anterior al Código respecto a las medidas cautelares (artículo 31° de la Ley 23506). A nuestra consideración, si el juez considera que no debe ordenar que su sentencia sea actuada de forma inmediata, es preferible que sustente adecuadamente las razones de la negativa en los criterios antes mencionados de irreversibilidad y proporcionalidad de la medida, y no optar por pedir una contracautela.

Asimismo, llama la atención que el Tribunal haya señalado que la decisión del juez, sea a favor o en contra de la actuación inmediata, sea inimpugnable, convirtiéndose en el

único supuesto en que una decisión relacionada con la tutela de los derechos fundamentales adquiere esta característica, pues las medidas cautelares, la sentencias sobre el fondo e incluso las resoluciones sobre el cumplimiento de sentencias pueden ser impugnadas. Además, en el ámbito de la teoría general del proceso, no se ha previsto como una característica esencial de la actuación inmediata de una sentencia su carácter inimpugnable.

Otro aspecto a ser considerado se relaciona con los casos en donde la actuación inmediata de sentencia impugnada puede dar lugar a la conclusión del proceso, sin que tenga sentido alguno esperar el resultado de la apelación. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si se solicita una información sobre temas ambientales ante las entidades públicas y el acceso a ella es denegado, situación ante la cual se presenta una demanda de hábeas data. De declararse fundada la demanda y ordenarse su actuación inmediata, la información solicitada sería entregada al demandante y no tendría mayor sentido esperar la sentencia de segundo grado, salvo para aplicar el criterio interpretativo a similares casos posteriores.

La eficacia a futuro de la correcta aplicación de la actuación inmediata de sentencia impugnada depende de muchos factores, entre ellos el adecuado conocimiento de la institución por parte de los operadores jurídicos. A través de la sentencia 607-2009-PA el Tribunal Constitucional ha buscado señalar algunos lineamientos sobre el tema, siendo testigo de casos posteriores en donde ha identificado la inobservancia de su interpretación acerca de los correctos alcances del artículo 22° del Código (ver por ejemplo la sentencia 813-2011-PA, publicada el 7 de julio del 2011). Tal situación parece demostrar que con relación a este tema, especial importancia cobra una

modificación del citado artículo 22° de la legislación procesal constitucional, en donde se aborde de forma específica la institución de la actuación inmediata, los supuestos en que procede, los criterios a considerar para aplicarla, las excepciones y aspectos centrales relacionados con su procedimiento.

Finalmente, somos de la opinión que, dado que la actuación inmediata de sentencia impugnada es inherente a la tutela procesal que requieren los derechos fundamentales, esta institución debe estar presente en cualquier otro proceso que pretenda ser comparado con los procesos constitucionales y considerado como igualmente satisfactorio.

3.3.5 Plazo de duración del proceso

La protección judicial de derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales requiere ser efectiva, rápida y breve, en atención a la tutela de urgencia que se busca alcanzar, por lo que la normativa sobre estos procesos debe contemplar plazos cortos para la resolución de las demandas en las diferentes instancias. Al respecto pueden presentarse dos opciones: establecer un plazo máximo en cada una de las instancias que resuelven la demanda o establecer plazos por etapas del proceso.

3.3.5.1 Plazo máximo para resolver por instancias

En esta opción se establece un plazo máximo para resolver las demandas de amparo, en cada una de las instancias que intervienen. De esta manera se busca evitar la prolongación del proceso en base a diferentes interpretaciones u omisiones normativas

sobre la duración de las respectivas actuaciones procesales (contestación, realización de la audiencia, etc.). Esta opción debería ser aplicada especialmente para la resolución del proceso a nivel de la primera instancia, que es la más importante, por cuanto la tutela urgente se concreta realmente en esta fase en el proceso.

En el Perú, el Código Procesal Constitucional no establece un plazo máximo para resolver un amparo a nivel de primera o segunda instancia, aunque sí lo hace respecto al Tribunal Constitucional. En este sentido, el artículo 20° del Código dispone que dentro de un plazo máximo de treinta (30) días el Tribunal se pronuncia sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto contra la decisión de segunda instancia. Se trata del único plazo máximo previsto para las instancias que conocen el amparo.

3.3.5.2 Plazos según etapas del proceso

El proceso de amparo es sumarísimo pues contiene pocas etapas, lo cual es acorde con su objetivo, cual es brindar una tutela urgente de derechos fundamentales. En términos generales, el Código ha previsto plazos respecto a etapas específicas, que pueden ser agrupadas según las diversas instancias que intervienen en el proceso.

Desde esta perspectiva, a nivel de los juzgados el Código señala los siguientes plazos:

- *Plazo al demandante para subsanar las omisiones o defectos de la demanda declarada inadmisibile*: El artículo 48° del Código señala que si el Juez declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres (3) días para que subsane la

omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es apelable.

- *Plazo para contestar la demanda:* El artículo 53° del Código señala que en la resolución que admite la demanda, el Juez concede al demandado al plazo de cinco (5) días para que conteste.

- *Plazo para emitir la resolución del juez sobre el caso:* El artículo 53° del Código señala que cinco (5) días después de contestada la demanda o vencido el plazo para hacerlo el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral o el juez haya decidido realizar una audiencia, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización, pudiendo incluso dictar sentencia en la misma audiencia. No se establece un plazo máximo para la realización del informe o la audiencia.

- *Plazo para la apelación y elevación del expediente:* El artículo 57° del Código dispone que la sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación y el expediente es elevado dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la concesión del recurso.

A nivel de las Salas, el Código ha previsto los siguientes plazos:

- *Plazo para el trámite de apelación:* El artículo 58° del Código señala que la Sala debe conceder tres (3) días al apelante para que exprese agravios. Una vez recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, se traslada por tres (3) días, fijando día y

hora para la vista de la causa. Dentro de los tres (3) días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa. No se establece un plazo máximo para la realización de la vista de la causa.

- *Plazo para emitir sentencia en segunda instancia:* De conformidad con el artículo 58° del Código se expedirá sentencia dentro del plazo de cinco (5) días posteriores a la vista de la causa.
- *Plazo para presentar recurso de agravio constitucional y elevar el expediente al Tribunal Constitucional:* El artículo 18° del Código dispone que contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, que se interpone dentro del plazo de diez (10) días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres (3) días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.

Respecto a los plazos ante el Tribunal Constitucional, el Código señala:

- *Plazos respecto al recurso de queja:* El artículo 19° del Código señala que contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional procede recurso de queja, que se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco (5) días siguientes a la notificación de la denegatoria. El recurso será resuelto dentro de los diez (10) días de recibido. Si el Tribunal declara fundada la queja, conoce

también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad.

- *Plazo para emitir sentencia por parte del Tribunal Constitucional:* El artículo 20° del Código dispone que dentro de un plazo máximo de treinta (30) días el Tribunal se pronunciará sobre el recurso de agravio constitucional. Dentro de ese plazo se debe incluir la realización de la audiencia respectiva.

En un análisis conjunto de estos plazos resulta difícil señalar un plazo máximo legal de resolución del proceso de amparo, debido a los diferentes supuestos que pueden presentarse y que no son uniformes para todas las demandas. Tampoco es posible la suma de los plazos de las etapas procesales que se desarrollan en una instancia específica para determinar el plazo máximo legal a nivel de juzgados y salas, por la ausencia de plazos relacionados con determinadas actuaciones procesales. A todo ello debe agregarse el tiempo de demora de las notificaciones respectivas, que amplía aún más la duración real de los procesos, o los supuestos en que se aplica el rechazo de plano de la demanda y posteriormente se revoca esta decisión.

En el capítulo final de este trabajo analizaremos, sobre la base de casos resueltos por el Tribunal Constitucional, la situación específica sobre los plazos de duración del proceso respecto a las demandas presentadas para proteger el derecho al medio ambiente. Al momento de analizarlos, se tomará en consideración el problema concreto planteado, para identificar si la duración total del proceso tuvo alguna relación con el grado de complejidad de la controversia.

3.3.6 Cumplimiento de sentencias

Una realidad que no puede ser desconocida en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales es el incumplimiento de las sentencias mediante las cuales las autoridades jurisdiccionales establecen un mandato específico (una sentencia de condena de dar, hacer o no hacer) a fin de tutelar los derechos amenazados o vulnerados. En la presente sección de la investigación nos referiremos al derecho al cumplimiento de las resoluciones judiciales como parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a partir del cual se explicarán los mecanismos idóneos para garantizar el cumplimiento de las sentencias emitidas en los procesos constitucionales y la opción asumida al respecto por la legislación procesal constitucional y la jurisprudencia nacional.

3.3.6.1 Derecho al cumplimiento de resoluciones judiciales

El derecho a la tutela procesal efectiva comprende el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales del Estado para hacer valer una pretensión y que en el marco del proceso respectivo se emita una decisión sustentada en Derecho. También abarca el derecho a que lo decidido por los tribunales se cumpla:

[...] el derecho a la ejecución de sentencias constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, una cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado Democrático y Social de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos a la Constitución y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado. (Comisión Doctrina y Jurisprudencia 2010: 396)

Si bien la Constitución de 1993 no contiene de forma expresa una mención al derecho al cumplimiento de sentencias, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma reiterada que se encuentra comprendido dentro de los alcances del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139°, inciso 3°, de la Constitución, y en el inciso 2° de este mismo artículo, que dispone que ninguna autoridad “puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”¹²⁵.

En las normas internacionales sobre derechos humanos, el cumplimiento de las sentencias sobre protección de derechos fundamentales se relaciona con el respeto del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales. Como se señaló en el Capítulo 2, el artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce a toda persona el derecho “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”; y dispone que los Estados deben “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

- Los mecanismos de protección judicial de los derechos fundamentales deben ser efectivos, es decir, capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988: 14); en consecuencia, no pueden considerarse como tales si faltan los medios para ejecutar sus decisiones (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987b: 7).

¹²⁵ A modo de ejemplo se pueden citar las sentencias 1042-2002-AA (6 de diciembre de 2002) y 4119-2005-AA (29 de agosto de 2005).

- La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. En este sentido, “el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2003: 26).

Sobre la base de estas consideraciones, la Corte Interamericana ha dejado establecido como lineamiento jurisprudencial que para garantizar el derecho de acceso a la justicia:

[...] no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2003: párr. 28)

El reconocimiento del derecho al cumplimiento o ejecución de sentencias obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para que se cumpla lo decidido por las autoridades jurisdiccionales, que varían en atención al proceso que se inicie y a la tutela procesal obtenida. Dado que en los procesos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales se obtiene una tutela procesal de condena (sentencia de condena), se hace necesario adoptar medidas idóneas para que el mandato de hacer, no hacer o dar, sea cumplido:

[...] la sentencia de condena es una verdadera y propia declaración de certeza y nada más: declaración de certeza de la relación jurídica, de la obligación y del derecho, y al

mismo tiempo, de su violación, es decir, del hecho ilícito, sin lo cual no podría tener lugar la ejecución a que tiende la condena, vinculado el proceso de cognición al proceso ejecutivo. Hay que decir, en segundo lugar, que el contenido de la sentencia de condena no se detiene ahí; a esa declaración de certeza se agrega una orden dirigida a los órganos ejecutivos de que procedan a la ejecución. (Carnelutti 1952: 203)

En atención a lo expuesto, el cumplimiento de las sentencias judiciales constituye un componente esencial del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, por lo que el incumplimiento de tales decisiones, cualquiera fuera la razón, constituye un acto lesivo del mismo.

3.3.6.2 Problemas identificados

3.3.6.2.1 Supuestos y causas

El incumplimiento de las sentencias judiciales atenta contra la tutela jurisdiccional efectiva y puede ser total o parcial. También se incumple una sentencia cuando con posterioridad su cumplimiento, se reitera el acto considerado lesivo de los derechos fundamentales, situación ante la cual corresponde solicitar la represión de actos lesivos homogéneos. Un supuesto adicional se presenta cuando el cumplimiento de una sentencia se realiza en forma diferente a lo ordenado por el juez.

Estos problemas tienen diferentes causas, como la falta de precisión sobre el contenido de la sentencia a cumplir y la ausencia de medidas coercitivas eficaces para exigir su cumplimiento, temas que desarrollaremos más adelante. La demora en el cumplimiento de las sentencias también merece atención:

El derecho a exigir que las sentencias se cumplan sin dilaciones indebidas, si bien no se confunde con el derecho a su ejecución, se encuentra en íntima relación con el mismo, pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental. Un derecho fundamental como es el de la tutela judicial efectiva en el que se integra el de obtener la ejecución de la sentencia, no puede quedar frustrado durante años por dificultades prácticas [...]. (Fernández-Pacheco 1996: 31-32)

Sobre la relación entre la demora en el cumplimiento de una sentencia y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el Tribunal Constitucional peruano ha señalado¹²⁶:

19. El derecho a la ejecución de la decisión de fondo contenida en una sentencia firme, también supone su cumplimiento en tiempo oportuno. [...] El plazo razonable no sólo debe entenderse referido al trámite que existe entre la presentación de una demanda y la decisión sobre el fondo, sino que resulta indispensable que dicho concepto se entienda también como una exigencia para lograr la efectividad del pronunciamiento judicial en un plazo que no debe exceder lo que la naturaleza del caso y sus naturales complicaciones de cumplimiento ameriten, sin que en ningún caso su ejecución se difiera por dilaciones indebidas.

20. En consecuencia, toda dilación indebida que retarde innecesariamente el cumplimiento pleno de lo que mediante una sentencia judicial firme se ha ordenado, debe entenderse como vulneratoria del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce.

Los casos en que se aprecia el incumplimiento de sentencia son de diferente tipo. En algunos, especialmente cuando se ordena el pago de una suma de dinero a los demandantes, que se manifiesta en los amparos sobre temas previsionales, el incumplimiento es sustentado en la falta de recursos económicos inmediatos, prorrogándose el pago o realizándose en diferentes etapas, por lo que la sentencia no se cumple de inmediato. En otros, se sustenta en la imposibilidad material de cumplir con

¹²⁶ Sentencia 4080-2004-PC (caso Mario Ramos Hostia), publicada el 26 de octubre del 2005.

lo ordenado por los jueces, por diferentes circunstancias. Ello ocurre en los amparos laborales, pues cuando se ordena la reposición de un trabajador despedido de forma arbitraria, es muy probable que el puesto haya sido ocupado por otra persona, quien también tiene derechos laborales que deben ser respetados; o cuando se ordena la reposición de un trabajador en una entidad estatal pero en un régimen laboral con el que dicha entidad no cuenta. Al respecto se ha señalado:

[...] en el Perú, el incumplimiento de sentencias [en materia de procesos constitucionales] ha contado con diversas modalidades. Por un lado se han presentado casos en los que la autoridad se negaba a acatar la sentencia sin ninguna justificación; en otros alegaba carecer de presupuesto necesario para hacerlo o no contar con una plaza vacante –por ejemplo, si se trataba de la reposición de un empleado público-. También se han presentado casos en los cuales la autoridad aparentemente cumplía con la sentencia pero posteriormente reiteraba la misma agresión contra el demandante. (Abad 2008: 243)

Los problemas relacionados con el incumplimiento de sentencias emitidas en procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales también han dado lugar a pronunciamientos por parte de los órganos internacionales de protección de derechos humanos. Se pueden mencionar al respecto las sentencias sobre el fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Cesti Hurtado* (29 de setiembre de 1999) y *Cinco Pensionistas* (28 de febrero del 2003), en los que se estableció que el Estado peruano violó el artículo 25° de la Convención Americana –que reconoce el derecho a la protección judicial de derechos fundamentales- al no garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas en un proceso de hábeas corpus y amparo, respectivamente.

Por ello, no es exagerado señalar que en el Perú muchas personas se quedan en la mano con sentencias favorables emitidas en procesos constitucionales, sin mayores posibilidades de exigir su cumplimiento. Esta situación exige respuestas legales y jurisprudenciales que permita el cabal respeto del derecho a la protección judicial de derechos fundamentales.

3.3.6.2.2 Respuestas legales y jurisprudenciales

La legislación anterior al Código Procesal Constitucional contempló disposiciones sobre el cumplimiento de sentencias, pero sólo a partir de la expedición de la Ley N° 25398, aprobada en 1992. Estas normas fueron:

- Ley 25398, artículo 27°.- “Las resoluciones finales consentidas o ejecutoriadas que recaigan en las acciones de garantía, serán ejecutadas por el juez, sala o tribunal que las conoció en Primera Instancia, en el modo y forma que establecen los Títulos XXVIII y XXX, Sección Segunda, del Código de Procedimientos Civiles (actual Sección V, Título V del Código Procesal Civil, -Procesos de Ejecución-), en cuanto sean compatibles con su naturaleza”.

- Ley 25398, artículo 28°.- “En los casos de omisión por acto debido se notificará al responsable de la agresión concediéndole para su cumplimiento el término de 24 horas, tratándose de derechos protegidos por la acción de Hábeas Corpus y de 10 días calendario tratándose de derechos protegidos por la acción de Amparo y siempre que el término no perjudique el ejercicio del derecho reconocido por la resolución final, bajo apercibimiento de ejercitarse la acción penal pertinente de ser

el caso. Asimismo, se hará responsable del pago de los daños y perjuicios que resultaren de este incumplimiento”.

Si bien estas normas buscaron garantizar el cumplimiento de sentencias, resultaban insuficientes e inadecuadas, pues no contemplaban medidas específicas acordes con la tutela procesal de condena que se obtiene a través de los procesos constitucionales, estableciéndose una remisión a las reglas del proceso de ejecución previstas en la legislación procesal civil. En el caso de las omisiones, se disponía el apercibimiento del inicio de procesos de responsabilidad penal y de pago de daños y perjuicios, supuestos diferentes a objetivo central de hacer cumplir lo decidido para proteger un derecho fundamental.

A diferencia de esta legislación, el Código Procesal Constitucional contempla en el artículo 22° la posibilidad de que el juez aplique medidas coercitivas de multa y destitución para lograr el cumplimiento de las sentencias¹²⁷, para lo cual se debe tomar en consideración el “contenido específico del mandato” y “la magnitud del agravio constitucional”. Asimismo, este artículo señala que tales medidas deben ser “incorporadas como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución”.

Si bien el Código buscó dar un paso importante a nivel legislativo para lograr que las sentencias en materia de derechos fundamentales sean cumplidas, no se conoce mayor información para afirmar que el apercibimiento de la aplicación de multas o de una destitución haya reducido el grado de incumplimiento de sentencias.

¹²⁷ Como se verá más adelante, la opción por el denominado *arresto civil* fue descartada durante el debate del texto del Código en el Congreso de la República.

Dado que una garantía del derecho al cumplimiento de las sentencias es que ésta sea ejecutada conforme a sus propios términos, el artículo 22° del Código dispone que la sentencia que se emita en los procesos constitucionales de tutela de derechos debe ser actuada “conforme a sus propios términos” por el juez de la demanda. Sin embargo, es probable que puedan existir discrepancias sobre lo ordenado en una sentencia de protección de derechos, por diferentes razones, como por ejemplo, que no se haya establecido de forma clara el mandato para tutelar los derechos afectados o que exista una interpretación distinta sobre lo ordenado en la sentencia. Tal situación da lugar a la necesidad de identificar vías procesales para la resolución de estas controversias que surjan en la etapa de ejecución de la sentencia.

En este sentido, si una persona considera afectado su derecho al cumplimiento de sentencias porque se ha actuado de forma distinta a lo ordenado en el fallo final, una opción es que acuda a un proceso de amparo. En este caso, la demanda puede ser presentada por cualesquiera de las partes del primer proceso (demandante o demandada), a quienes asiste el mismo derecho a que se cumplan correctamente los mandatos judiciales.

Otra opción es impugnar ante un tribunal superior la decisión del órgano de ejecución sobre la forma de dar cumplimiento a la sentencia. En el caso peruano, surge la interrogante sobre si el Tribunal Constitucional podría asumir competencia sobre este tema, pues conforme al artículo 202°, inciso 2°, de la Constitución de 1993, le corresponde resolver las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo y hábeas data expedidas por el Poder Judicial, entendiéndose como tales a las resoluciones que

ponen fin al proceso en cuanto al fondo de la controversia. Al respecto, la respuesta del Tribunal Constitucional ha sido en sentido afirmativo. En este sentido, mediante la resolución 168-2007-Q/TC (caso Banco Continental), del 2 de octubre del 2007, estableció lo siguiente:

7. [...] este Colegiado no puede permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, que termina virtualmente modificando la decisión; frente a estas situaciones debería habilitarse la procedencia del recurso de agravio constitucional. Esto porque la invocación de tales vulneraciones requieren siempre de una verificación por el Tribunal donde puedan acreditarse los alegatos escuchando al órgano judicial emplazado y permitiendo, al propio tiempo, una afirmación de su decisión por parte del Tribunal Constitucional.

Por todo ello, resulta oportuno realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional, y con ello la reevaluación del criterio precedente de este Colegiado aplicable a casos como el presente, de forma que pueda optimizarse la legislación sobre los procesos constitucionales y los fines que la informan.

En el fundamento 8 de esta sentencia, el Tribunal estableció los siguientes aspectos procesales relacionados con esta nueva competencia, sustentados en los principios de economía procesal y ausencia de formalismos, consagrados en el artículo III del Título Preliminar del Código:

- El denominado *recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional* tiene como finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, el mismo se entiende preservado mediante la sentencia estimatoria del Tribunal en un proceso constitucional.

- El Tribunal resuelve en instancia final y devuelve lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al alcance y el sentido del principio de la eficaz ejecución de sus sentencias en sus propios términos.
- El órgano judicial correspondiente debe limitarse a admitir el recurso de agravio constitucional, y corresponde al Tribunal, dentro del mismo proceso constitucional, valorar el grado de incumplimiento de sus sentencias, cuando son desvirtuadas o alteradas de manera manifiesta en su fase de ejecución. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja previsto en el artículo 19° del Código Procesal Constitucional.

En un primer momento, el Tribunal estableció que su competencia para verificar el cumplimiento de sentencias se limitaba a sus propias decisiones, lo cual resultaba lógico pues la misma instancia que dicta una orden puede verificar si el mandato ha sido cumplido y resolver las dudas que puedan surgir. Sin embargo, en una decisión posterior (de finales del 2008) y con menor rigor argumentativo, ha señalado que también puede verificar el cumplimiento de sentencias emitidas por el Poder Judicial, lo cual no debería generar problemas si el mandato contenido en la sentencia es claro, pero en los casos en que ello no ocurra podrían presentarse situaciones en donde el Tribunal interprete el contenido de una sentencia con un sentido diferente a lo que quiso ordenar el Poder Judicial. Sobre la posibilidad de evaluar el cumplimiento de las sentencias emitidas por este órgano, el Tribunal ha señalado¹²⁸:

¹²⁸ Resolución 201-2007-Q/TC (caso Asociación Pro Vivienda vecinos de la Urbanización Neptuno), publicada el 4 de diciembre del 2008.

10. [...] sobre la base de lo desarrollado en la RTC 0168-2007-Q/TC, este Colegiado considera que de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales, tanto para quienes han obtenido una sentencia estimatoria por parte de este Colegiado, como para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial.

La procedencia excepcional del RAC en este supuesto tiene por finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, correspondiendo al Tribunal valorar el grado de incumplimiento de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial cuando éste no cumple dicha función, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal. Asimismo, los órganos jurisdiccionales correspondientes se limitarán a admitir el recurso de agravio constitucional, teniendo habilitada su competencia este Colegiado, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19° del CPConst.

En materia ambiental, un ejemplo de esta revisión por parte del Tribunal Constitucional de las dudas surgidas respecto al cumplimiento de una sentencia emitida por el Poder Judicial se dio en el caso de la demanda de amparo interpuesta por el Gobierno Regional del Cusco contra el Gobierno Regional de Arequipa y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), cuyo objetivo era que se disponga “el cese de la amenaza de violación de los derechos a la vida, a la salud, al desarrollo socio económico y al medio ambiente de los habitantes de la Provincia de Espinar (Cusco), que [...] se consumaría con el solo inicio de las acciones destinadas a la construcción de la Represa de Angostura y la ejecución del Proyecto Majes-Siguas II”. Este caso será analizado en el Capítulo 4 de esta investigación, pero nos interesa mencionarlo en esta sección, para que se comprenda la importancia entre el tema que estamos abordado sobre el cumplimiento de sentencias y las decisiones sobre la materia adoptadas por el Tribunal Constitucional.

De otro lado, cualquiera sea la opción que se asuma para lograr que la sentencia se cumpla en sus propios términos –el inicio de un nuevo proceso de amparo o la impugnación de la resolución del juez de ejecución–, ello implica atravesar por diferentes instancias jurisdiccionales y, por lo tanto, una demora excesiva en el reclamo. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha establecido que cuando se discrepe de la manera en que las autoridades judiciales han ordenado el cumplimiento de una sentencia, no corresponde presentar un recurso ante las cortes superiores, sino interponer de forma directa el recurso de agravio constitucional, de modo que el caso llegue de manera más rápida a su conocimiento. En este sentido, a partir de finales del 2010, estableció como jurisprudencia vinculante lo siguiente¹²⁹:

- El recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional será denominado *recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional*. Si bien no se señala que el recurso también procede para el caso del incumplimiento de las sentencias del Poder Judicial, podría extenderse su aplicación a tal supuesto.
- Este recurso se interpone contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado. Contra la resolución que deniega el recurso de apelación por salto cabe el recurso de queja previsto en el artículo 401° del Código Procesal Civil.

¹²⁹ Sentencia 4-2009-PA/TC (caso Roberto Allcca), publicada el 15 de noviembre del 2010, punto resolutivo N° 2, literales a y b.

- La resolución del recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional o del recurso de queja por denegatoria del mismo se realiza sin trámite alguno.

En esta misma decisión, el Tribunal precisó que este recurso de apelación por salto no procede cuando: “a) el cumplimiento de la sentencia conlleve un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos; b) el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y c) cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo”. En estos casos, el proceso de ejecución de la sentencia sigue su trámite en las dos instancias del Poder Judicial y contra la resolución denegatoria de segundo grado procede el respectivo recurso de agravio constitucional.

El supuesto del incumplimiento de una sentencia en sus propios términos no debe ser confundido con las situaciones en las cuales simplemente no se cumple una sentencia. En estos casos, no corresponde dar inicio a un nuevo proceso constitucional sino aplicar las medidas coercitivas previstas en el Código Procesal Constitucional¹³⁰.

Finalmente, corresponde señalar que la posibilidad de acudir al proceso de cumplimiento para resolver controversias sobre el incumplimiento de lo ordenado en una sentencia de tutela de derechos debe ser descartada, pues este proceso tiene como

¹³⁰ Esta no ha sido siempre la posición del Tribunal. En la sentencia 4080-2004-AC/TC, publicada el 26 de octubre del 2005, declaró fundada una demanda de amparo –que inicialmente fue un proceso de cumplimiento– mediante la cual se solicitaba que se diese cumplimiento a lo ordenado en un proceso de amparo.

fundamento controlar la inactividad de la administración pública respecto mandatos ordenados en leyes y actos administrativos, mas no en resoluciones judiciales. El Código Procesal Constitucional no contempla una causal de improcedencia sobre este tema, aunque podría deducirse de la redacción confusa que presenta el artículo 70°, inciso 1°, que dispone que no procede el proceso de cumplimiento “contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones”. En todo caso, el Tribunal Constitucional ha establecido como una línea jurisprudencial que no corresponde acudir a este proceso para exigir la ejecución de una sentencia emitida en otro proceso constitucional¹³¹.

3.3.6.3 Mecanismos para garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales

A fin de lograr que los procesos constitucionales de derechos fundamentales sean realmente efectivos, los Estados deben adoptar medidas orientadas a garantizar el cumplimiento de las sentencias estimatorias emitidas al final de tales procesos. Estas pueden ser de diferente alcance e intensidad.

3.3.6.3.1 Sanciones penales

La medida más extrema es establecer una sanción penal por el incumplimiento de las sentencias en general, o de los procesos constitucionales en particular. En el derecho comparado es posible encontrar países que contemplan estas opciones, con diverso grado de intensidad.

¹³¹ Se pueden revisar al respecto las sentencias 2376-2003-AC/TC, publicada el 27 de julio del 2004 y 4080-2004-AC/TC, publicada el 25 de octubre del 2005.

En Bolivia, el texto constitucional del 2009 dispone en el artículo 127° que “los servidores públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales en los casos previstos por esta acción [de la libertad], serán remitidos por orden de la autoridad que conoció de la acción ante el Ministerio Público para su procesamiento penal por atentado contra las garantías constitucionales”. Esta medida también es aplicable para los otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, como el amparo (artículo 129, inciso V) y la acción de protección de la privacidad (artículo 131, inciso IV).

En España, el Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) establece en su artículo 410°, inciso 1°, que “las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”. En este caso, se trata de una medida aplicable sólo para autoridades y funcionarios, pero que no implica pena privativa de libertad.

En Costa Rica, la Ley de Jurisdicción Constitucional dispone en su artículo 71° que “se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo o de hábeas corpus, y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado”. En este país, la sanción penal se aplica para cualquier autoridad, funcionario o persona, y respecto al caso específico de incumplimiento de

sentencias emitidas en procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. La misma norma sanciona con “prisión de seis meses a tres años, o de sesenta a ciento veinte días multa, a quien diere lugar a que se acoja un nuevo recurso de amparo o de hábeas corpus, por repetirse en daño de las mismas personas las acciones, omisiones o amenazas que fueron base de un amparo anterior declarado procedente”, es decir, por volver a realizar un acto lesivo que en un anterior proceso constitucional fue considerado como una afectación de derechos fundamentales. En este sentido, la represión de actos lesivos homogéneos encuentra en este país una tutela de carácter penal.

En el Perú, el Código Penal no establece de manera específica que el incumplimiento de una sentencia origine una responsabilidad penal. Sin embargo, algunas de sus disposiciones podrían ser interpretadas en el sentido de abarcar este supuesto de hecho, pero en estos casos podrían presentarse problemas respecto a la falta de precisión de la ley penal sobre la conducta a sancionar y la consecuente afectación del principio de legalidad. De todos modos, consideramos importante hacer mención a las normas que podrían ser aplicadas para establecer una responsabilidad penal por el incumplimiento de sentencias.

Respecto a los particulares podría ser de aplicación el artículo 368° del Código Penal (*Delito de desobediencia o resistencia a órdenes del funcionario público*), que sanciona con pena privativa de libertad no mayor de dos años a quien “desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones”. En este caso, la orden a la que hace referencia el Código puede ser entendida como el mandato

contenido en una sentencia judicial emitida en el marco de un proceso de tutela de derechos fundamentales.

En cuanto al incumplimiento de sentencias por parte de las autoridades y funcionarios se podría aplicar el artículo 337° del Código Penal (*Delito de incumplimiento de obligación*), que sanciona con pena privativa de la libertad no mayor de dos años y con 30 a 60 días multa al “funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúse o retarde algún acto de su cargo”.

En esta sección corresponde hacer mención a un caso en el cual el Tribunal Constitucional peruano calificó como delito de desacato el incumplimiento de sus sentencias. Esto ocurrió a propósito de una demanda de hábeas data presentada la protección del derecho de acceso a la información pública. Al respecto señaló¹³²:

21. [...] a fin de que se respeten plenamente los pronunciamientos de esta naturaleza que de ahora en adelante se emitan, este Colegiado enfatiza que, si con posterioridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional¹³³.

Sin embargo, el Tribunal no precisó el artículo del Código Penal aplicable, seguramente porque no estaba seguro que existiese una norma que sirviera de respaldo a su pronunciamiento.

¹³² Sentencia 2579-2003-HD (caso Julia Arellano Serquén), publicada el 16 de abril del 2004.

¹³³ Nota del autor: El término “desacato” empleado por el Tribunal no debe ser confundido con el tipo penal del mismo nombre, ya derogado y que estaba referido a las ofensas a autoridades públicas, sino que debe ser entendido como la omisión del cumplimiento de lo ordenado por un órgano estatal.

3.3.6.3.2 Detención o arresto civil

La detención o arresto civil es una decisión judicial por medio de la cual se ordena la privación de libertad de una persona, pero no como consecuencia de una sanción penal por la comisión de un delito, sino como una medida coercitiva sustentada en el incumplimiento de una sentencia, que tiene por finalidad lograr que una autoridad, funcionario o persona cumpla lo más pronto posible con lo ordenado por las autoridades jurisdiccionales. En los países anglosajones esta institución es conocida como la “civil contempt”, una modalidad del “contempt of court”¹³⁴. Sobre esta institución se ha señalado:

[...] el juez civil solamente puede ordenar la pena de prisión en los casos en que otra modalidad ejecutiva no se muestra adecuada y el cumplimiento de la orden no exige la disponibilidad de patrimonio. Así, debe haber, de un lado, la evidencia que no existe ninguna modalidad ejecutiva capaz de dar efectividad a la tutela jurisdiccional y, de otro, la constatación que el uso de la prisión no dará lugar a la restricción de las libertades de quien no cumplió con la orden sólo por no poseer patrimonio. O mejor, en ese caso, la prisión estará garantizando la efectividad al derecho de tutela jurisdiccional sin violar el derecho de aquél que, por no poseer patrimonio, no pueda ser obligado a cumplir la orden judicial, ni mucho menos penado por no haberla observado. (Marinoni 2008: 89-90)

El texto original del proyecto de Código Procesal Constitucional contemplaba la posibilidad de que, ante el incumplimiento de una sentencia, se disponga el arresto civil.

En este sentido el artículo 22° señalaba:

¹³⁴ Otra modalidad es el “*criminal contempt*” relacionada con “la obstrucción a la justicia y desprecio al tribunal o al proceso” (Valldecabres 2002: 552-553). De acuerdo con Beltrán de Felipe (2008: 220), “también en los sistemas anglosajones el *contempt of court* tiene perfiles muy difusos. Pero en este caso la dificultad de su aprensión deriva del hecho de que prácticamente nunca el *contempt of court* estuvo regulado en la Ley, pues era, y aún es, una institución del *common law*”.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas, disponer la destitución del responsable, o, incluso, su prisión civil efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables. [...]

Durante el debate en el Congreso esta medida coercitiva para lograr el cumplimiento de las sentencias, la más importante y la más acorde con la tutela procesal de condena que se obtiene en los procesos constitucionales, fue dejada de lado¹³⁵. El fundamento de la supresión de la medida fue la errada percepción de que ésta iba a ser aplicada de forma automática por los jueces, sin evaluar si correspondía ser aplicada al caso, en atención al mandato específico de protección de derechos contenido en la sentencia. Sin embargo, también es posible entender que tratándose de una institución novedosa en el ordenamiento jurídico nacional, existía el fundado temor de una inadecuada aplicación de la misma por parte de los jueces en el ámbito de los procesos constitucionales. En consecuencia, el texto aprobado del Código Procesal Constitucional, vigente hasta el momento, solo contempla como medidas coercitivas para el cumplimiento de sentencias el uso de multas fijas y la destitución del responsable del incumplimiento. No corresponde que mediante la jurisprudencia constitucional se pueda incorporar el arresto civil, pues al tratarse de una medida restrictiva de derechos, en concreto de la libertad física, sólo puede ser establecida a través de una ley, conforme lo dispone el artículo 2º, inciso 24º, literal b), de la Constitución.

¹³⁵ Ver al respecto el Diario de Debates del Pleno del Congreso de la República del Perú correspondiente al 6 de mayo del 2004.

3.3.6.3.3 Multas

La multa es una medida de carácter pecuniaria que busca gravar la capacidad económica de la persona que se resiste a cumplir una sentencia. Su monto corresponde ser determinado por el juez, y puede incrementarse conforme se mantenga el incumplimiento de la sentencia. A favor de esta medida se puede argumentar que incide en aspectos sensibles para toda persona, cuales son sus recursos económicos. Sin embargo, ello también puede dificultar la eficacia de la medida, especialmente si la parte vencida en un proceso carece de tales recursos.

En el Perú, el Código Procesal Constitucional incorporó la multa como una medida coercitiva para el cumplimiento de las sentencias. En este sentido, el artículo 22° faculta al juez para “hacer uso de multas fijas o acumulativas” y dispone algunas reglas para su aplicación.

Al respecto, se puede hacer mención al caso de los hermanos Tudela, quienes presentaron una demanda de hábeas corpus con la finalidad de ver a su padre, la misma que fue interpuesta contra la pareja de este último, que a su consideración era la responsable de que tal visita no pudiese llevarse a cabo. En la sentencia respectiva el Tribunal decidió¹³⁶:

1. Declarar FUNDADA la presente demanda de hábeas corpus; y, retrotrayendo las cosas al estado anterior de la interposición de la demanda:

¹³⁶ Sentencia 1317-2008-HC/TC (caso Francisco Antonio Gregorio y Juan Felipe Gaspar José Tudela van Breugel Douglas a favor de Felipe Tudela y Barreda), publicada el 4 de junio del 2008.

- Ordenase que Francisco Tudela van Breugel Douglas y Juan Felipe Tudela van Breugel Douglas ingresen libremente al domicilio de su padre o a cualquier otro lugar donde resida o se encuentre para interactuar con él sin la presencia de terceros.
 - Ordenase que Graciela De Lozada Marrou se abstenga de cualquier obstrucción y acción destinada a impedir el libre ejercicio del derecho aludido que fuera restituido por este Colegiado a los accionantes.
2. Oficiese a la Juez Raquel Beatriz Centeno Huamán para que conforme a lo resuelto por este Tribunal Constitucional ejecute la presente sentencia conforme al artículo 22° del Código Procesal Constitucional y con todas las garantías que le otorga la ley; así como los apremios en caso de resistencia.

En este caso, el juez de ejecución determinó una multa elevada, según versiones extraídas de los medios de comunicación (Diario La República del 15 de junio del 2008):

El 18° Juzgado Penal es el llamado a cumplir el fallo del Tribunal Constitucional, pues en este juzgado empezó el trámite de hábeas corpus que presentaron los hijos de Felipe Tudela en setiembre del 2007.

La resolución sostiene que De Losada pagará una multa compulsiva y progresiva de 2000 unidades de referencia procesal (URP).

Cada URP equivale a 350 soles, por lo que, el monto total de la multa equivale a 700 mil soles.

Además, le impone una multa equivalente a 200 unidades de referencia procesal por cada día calendario hasta el acatamiento del mandato judicial. Esto es, 70 mil soles diarios mientras Felipe Tudela no reciba a sus hijos. Agrega que esta multa se aplicará también a cualquier otra persona que por acción u omisión obstruya el cumplimiento del mandato judicial.

El juzgado también ordena a Registros Públicos que en el término de 48 horas le informe de los bienes e inmuebles, además de cuentas bancarias y acciones a nombre de Graciela de Losada, procediendo a trabar embargo en forma preventiva hasta el monto que resulte suficiente para satisfacer el total de las multas.

Como consecuencia de algunos problemas presentados para el cumplimiento de la sentencia, el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la multa impuesta por el juez de ejecución. En este sentido señaló que si bien la misma podía parecer en principio excesiva, respetaba la decisión del Poder Judicial¹³⁷:

4. Que, por otra parte, este Tribunal considera conveniente señalar que si bien se encuentra probado que doña Graciela de Losada Marrou ha incumplido la sentencia recaída en el Exp. N.º 01317-2008-PHC/TC y que en el segundo punto resolutivo de esta sentencia se estableció que en caso de incumplimiento el juez de ejecución podía imponer la multa correspondiente, éste al momento de imponerla debe tener presente que la multa no puede afectar el derecho al mínimo vital de la ejecutada, entendido como aquellos ingresos o bienes necesarios y suficientes para que una persona pueda subsistir dignamente. Ello debido a que la multa impuesta por la juez de ejecución a doña Graciela de Losada Marrou, en principio, parecería ser excesiva, mas no injustificada; sin embargo, en este punto el Tribunal debe respetar la autonomía del Poder Judicial, pues hacer lo contrario implicaría invadir competencias que no le son propias.

Este caso refleja los excesos a los que puede dar lugar la imposición de una multa ante el incumplimiento de una sentencia emitida en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.

3.3.6.3.4 Sanción administrativa

El incumplimiento de una sentencia puede dar lugar a una sanción administrativa, en concreto la destitución del cargo de la autoridad o funcionario renuente a cumplir con el mandato establecido para la protección del derecho fundamental amenazado o

¹³⁷ Sentencia 02261-2009-PHC/TC (Exp. n.º 01317-2008-PHC/TC), caso Francisco Tudela van Breugel Douglas y Juan Felipe van Breugel Douglas, publicada el 14 de mayo del 2009.

vulnerado. A diferencia de las sanciones penales, el arresto civil o las multas, esta medida no puede ser aplicada respecto a los particulares.

La sanción administrativa de destitución ha sido recogida en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, que establece que para el cumplimiento de la sentencia el juez se encuentra facultado para “incluso disponer la destitución del responsable”. Al igual que en el caso de las multas, para determinar si esta medida se aplica se debe evaluar “el contenido específico del mandato” establecido en la sentencia y “la magnitud del agravio constitucional”. Este artículo debe ser leído de forma concordante con el artículo 59° del Código, que dispone medidas específicas para el cumplimiento de las sentencias en los procesos de amparo. Al respecto señala:

Si el obligado no cumpliera [la sentencia] dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.

El Tribunal Constitucional peruano ha emitido sentencias en las que ha establecido la medida coercitiva de destitución, aunque no es algo frecuente. A modo de ejemplo se puede citar la sentencia 4080-2004-PC, sobre materia previsional, en donde luego de declarar fundada la demanda, dispuso que el “Director de la Unidad de Gestión Educativa de Chincha cumpla con pagar una multa correspondiente a 10 Unidades de Referencia Procesal (URP), apercibiéndole, además, que de no dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto en la presente sentencia en el término de 10 días de

notificada la presente, deberá procederse a su destitución, notificando para el efecto a la Dirección que corresponda del Ministerio de Educación”.

3.3.6.3.5 Ejecución forzada

En los procesos constitucionales de defensa de derechos no cabe la posibilidad que el mandato ordenado en una sentencia pueda ser ejecutado por los propios magistrados, pues los actos lesivos provienen de otra autoridad, funcionario o persona. Así, por ejemplo, si a fin de proteger el derecho a la identidad se ordena al órgano estatal responsable de entregar el documento nacional de identidad que éste sea entregado a una persona arbitrariamente privada del mismo, en caso de incumplimiento el juez constitucional no podría entregar dicho documento.

Sin embargo, el Código contiene una disposición específica para el proceso de amparo (artículo 59°), en la que se establece la posibilidad, por parte del juez de ejecución, de “expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia”, tema que ha merecido poca atención.

3.3.6.3.6 Informes sobre cumplimiento de sentencias

No existe un mecanismo procesal que permita a una instancia superior verificar si su sentencia ha sido cumplida conforme a sus propios términos. Sólo puede tener conocimiento de ello si se presenta algún recurso para que se pronuncie sobre los problemas presentados durante la ejecución del fallo. Ante esta situación, una medida

para realizar un seguimiento del cumplimiento de las sentencias es ordenar a los jueces a quienes corresponde verificar dicho cumplimiento que informen sobre este tema a la instancia que dictó la sentencia. Se trataría de una medida excepcional, aplicable a casos de particular importancia.

El Tribunal Constitucional peruano ha aplicado esta medida en diferentes ocasiones. Así por ejemplo, en un proceso de hábeas corpus en donde se identificó la afectación del derecho a la verdad, como consecuencia de la falta de investigación por parte de las autoridades fiscales de un caso de desaparición forzada de personas, el Tribunal declaró fundada la demanda y en la parte resolutive de la sentencia ordenó que “el Juez de Ejecución dé cuenta a este Tribunal, cada seis meses, sobre el estado de las investigaciones”¹³⁸.

Sobre si los jueces cumplen con estas órdenes del Tribunal no existe mayor información. En todo caso, es un tema ausente en las memorias anuales de la institución.

3.3.6.4 Contenido de la parte resolutive de la sentencia

La parte resolutive de una sentencia es de suma importancia para lograr su cumplimiento, razón por la cual corresponde que en ella se precise de forma clara el derecho que ha sido identificado por el juez como amenazado o vulnerado; el acto lesivo (acción u omisión) del derecho; el mandato concreto (hacer, no hacer o dar) que debe ser llevado a cabo para su protección; la autoridad, funcionario o persona a

¹³⁸ Sentencia 2488-2002-HC/TC (caso Genaro Villegas Namuche), publicada el 22 de marzo del 2004.

quien corresponde cumplir el mandato; el plazo para su cumplimiento y las medidas coercitivas a aplicar en caso de incumplimiento. De esta manera, se garantiza que la protección judicial de los derechos fundamentales sea realmente efectiva, pues evita posteriores errores o interpretaciones divergentes sobre lo ordenado por las autoridades jurisdiccionales para la protección de derechos fundamentales.

El Código Procesal Constitucional contiene una norma (artículo 17°) aplicable a todos los procesos de tutela de derechos fundamentales y referida al contenido de las sentencias en general, a través de la cual se dispone:

La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título [se refiere a los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento], deberá contener, según sea el caso:

- 1) La identificación del demandante;
- 2) La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;
- 3) La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida;
- 4) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada;
- 5) La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto.

Como se aprecia, este artículo no hace referencia al acto lesivo, al plazo para el cumplimiento de lo ordenado por el juez ni a las medidas coercitivas a aplicar en caso de incumplimiento, que como hemos indicado deberían estar presentes en la parte resolutive de la sentencia para su adecuado cumplimiento.

Aparte del citado artículo 17º, el Código contempla normas específicas respecto a las sentencias que se emitan en los procesos de hábeas corpus, amparo y cumplimiento, que guardan relación con los derechos protegidos por cada proceso o sus objetivos particulares. Estas normas son:

Proceso de Hábeas Corpus

Artículo 34.- Contenido de sentencia fundada

La resolución que declara fundada la demanda de hábeas corpus dispondrá alguna de las siguientes medidas:

- 1) La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o
- 2) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o
- 3) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o
- 4) Que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

Proceso de Amparo

Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada

La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
- 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de

sus efectos;

3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;

4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

Proceso de Cumplimiento

Artículo 72.- Contenido de la Sentencia fundada

La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a:

- 1) La determinación de la obligación incumplida;
- 2) La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;
- 3) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;
- 4) La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

Como se aprecia, el artículo referido al proceso de hábeas corpus (artículo 34°) se centra en las diferentes medidas que pueden ser ordenadas por el juez para tutelar la libertad físicas o los derechos conexos. En el caso de la norma sobre el proceso de amparo (artículo 55°) su contenido es similar a la norma general contenida en el artículo 17°. Respecto al proceso de cumplimiento, se precisa que en la sentencia respectiva debe establecerse el plazo para el cumplimiento del mandato (artículo 72°, inciso 3).

Las normas del Código señalan aquello que debe contener toda sentencia, sin distinguir entre lo que debe ir en los fundamentos y lo que debe constar en la parte resolutive. A nuestra consideración, ésta última es la que debe contener todos los aspectos a los que

hemos hecho mención como necesarios para garantizar el cumplimiento del fallo, a modo de resumen o síntesis del contenido de la sentencia. No se trata de duplicar ni repetir sino de que los fallos sean claros en cuanto a lo que ordenan.

Sin embargo, una revisión aleatoria de algunas sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional permite identificar diferentes formas de redactar la parte resolutive, que reflejan la falta de uniformidad en torno a este tema y la falta de precisión de todos los aspectos que deberían estar contenidos en ella. El siguiente cuadro, en donde se presentan casos relacionados con la protección del derecho al medio ambiente, es ilustrativo al respecto:

Sentencia 964-2002-PA/TC (caso Nextel), emitida el año 2003, parte resolutive:

“REVOCANDO la recurrida, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda; y, reformándola, la declara FUNDADA y, en consecuencia, ordena a NEXTEL DEL PERÚ S.A. retirar los equipos y antenas ubicadas en la avenida Prolongación Javier Prado N.º 7069, manzana A, lotes 15 y 16, de la urbanización Mayorazgo, distrito de Ate-Vitarte, y que se abstenga, en el futuro, de ejecutar obras sin contar con la autorización municipal correspondiente. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados”.

Sentencia 1757-2007-PA/TC (caso Parque Castilla) emitida en el año 2009, parte resolutive:

“HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo en el extremo de vulneración al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

2. Disponer que la Municipalidad Distrital de Lince no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda de amparo, bajo apercibimiento de que si procede de modo contrario se le aplicaran las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del presente Código. [...]”.

Sentencia 3343-2007-PA/TC (caso Cordillera Escalera) emitida el año 2009, parte resolutive:

“Declarar FUNDADA la demanda. En consecuencia, queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. En caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas”.

Si bien los fundamentos de una sentencia deben ser tomados en consideración para comprender los alcances de su parte resolutive, a fin de evitar casos de incumplimiento ésta debe ser clara en cuanto a su contenido, en especial respecto al mandato que corresponde concretarse para proteger el derecho amenazado o vulnerado. Cuando el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional no es claro o no se precisan todos los aspectos que debe contener una sentencia es posible presentar un recurso de aclaración o de subsanación, previstos en el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, a fin de que se aclare algún concepto o de que se subsane la omisión en que se ha incurrido.

3.3.7 Represión de actos lesivos homogéneos

La sentencia que declara fundada una demanda de tutela de derechos fundamentales debe ser cumplida conforme a sus propios términos; por lo que en ella debe quedar claramente identificado el acto lesivo que afecta el derecho invocado y el mandato ordenado para revertir tal situación. Sin embargo, puede ocurrir que con posterioridad al cumplimiento de la sentencia se reitere el mismo acto lesivo, ante lo cual corresponde identificar el mecanismo de tutela judicial idóneo para hacer frente a esa situación. Así por ejemplo, si se establece que una actividad económica de exploración o explotación de recursos naturales afecta el medio ambiente en una determinada zonas del país y se prohíbe su realización, si con posterioridad a la paralización de la obra la misma vuelve a llevarse a cabo, corresponde acudir ante las instancias judiciales para que se identifique si se ha presentado un acto lesivo homogéneo.

Una primera alternativa es iniciar un nuevo proceso constitucional, pero ello implicaría evaluar si se cumplen los presupuestos procesales exigibles para que proceda una demanda de este tipo; además, se deberán seguir las etapas procesales previstas en la legislación procesal constitucional. Como parte de sus fundamentos, dado que no sería el fondo de la controversia, el demandante podría indicar al juez que el acto lesivo es homogéneo al calificado de esta forma en otro proceso constitucional. A ello debe sumarse que el juez que conozca el nuevo proceso no será necesariamente el mismo que resolvió la primera demanda, por lo que la comparación entre los dos actos resultará menos expeditiva.

Una segunda alternativa es solicitar la represión de actos lesivos homogéneos, institución que en la presente sección del trabajo buscamos desarrollar en cuanto a sus aspectos centrales.

3.3.7.1 Fundamentos

La represión de actos lesivos homogéneos encuentra su fundamento en el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, que obliga a los Estados a establecer mecanismos efectivos y rápidos para la tutela de estos derechos. Los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data son vías a través de las cuales se puede alcanzar esta protección; sin embargo, acudir a ellos nuevamente ante la reiteración de un acto lesivo no resulta a nuestro entender una medida idónea ni rápida, lo cual justifica que se adopte un mecanismo de protección como la represión de actos lesivos homogéneos, cuya finalidad también es alcanzar la tutela urgente de derechos, pero ante una situación diferente de la que dio lugar a un previo proceso constitucional.

Ante la reiteración de un acto lesivo, la represión de actos lesivos homogéneos resulta una vía idónea por cuanto se busca que la autoridad judicial realice un análisis sobre la similitud entre un acto calificado como lesivo de derechos en una sentencia y otro homogéneo que se ha producido con posterioridad al cumplimiento del fallo. No se busca a través de esta vía, que la autoridad judicial determine si se trata de actos lesivos de derechos fundamentales, lo cual fue analizado durante el desarrollo del proceso constitucional, sino de la homogeneidad entre ambos. Además, a través de este mecanismo la autoridad judicial queda habilitada para extender los efectos de la

sentencia emitida en un proceso constitucional al nuevo acto calificado como homogéneo.

La represión de actos lesivos homogéneos también es una vía rápida para la protección de derechos, pues a través de ella no corresponde seguir las diversas etapas que son propias de un proceso, lo cual se justifica en atención a la actuación que corresponde llevar a cabo a las autoridades judiciales, quienes para pronunciarse sobre la homogeneidad de los actos lesivos deben identificar las características del primero y compararlas con el realizado con posterioridad. La represión de actos lesivos homogéneos evita, asimismo, que la persona afectada en sus derechos deba dar inicio a un nuevo proceso constitucional, que atraviesa por diferentes etapas y exige el cumplimiento de determinados requisitos en función a que se trata de un proceso orientado a calificar si un acto lesivo afecta derechos fundamentales y no a evaluar la homogeneidad entre dos actos. Un problema adicional que podría presentarse si se inicia un nuevo proceso constitucional es que se emitan sentencias contradictorias, es decir, que el juez que conoció el primer proceso constitucional califique un acto como lesivo de derechos y el que conoce el segundo califique el acto invocado como uno que no implica amenaza o afectación de derechos. Antes dos fallos diferentes sobre un mismo acto, la desprotección de la parte afectada sería total.

La represión de actos lesivos homogéneos también permite asegurar el respeto y cumplimiento de lo ordenado en la sentencia expedida en un proceso constitucional, pues la realización con posterioridad a su cumplimiento de un acto homogéneo al calificado como lesivo de derechos fundamentales implica, a nuestra consideración, una modalidad de incumplimiento de las sentencias.

3.3.7.2 Características de los actos lesivos cuya represión se solicita

Para determinar si un acto lesivo llevado a cabo con posterioridad al cumplimiento de una sentencia es homogéneo al calificado como lesivo de derechos fundamentales se deben tomar en cuenta criterios subjetivos y objetivos. Los primeros se relacionan con la persona afectada en sus derechos y la persona que llevó a cabo el acto lesivo. Los objetivos se relacionan con el acto lesivo en sí.

El primer criterio subjetivo para determinar cuándo se está frente a un acto lesivo homogéneo implica evaluar si éste afecta a la misma persona cuyos derechos fueron amenazados o vulnerados por el acto lesivo anterior. Si una persona considera que se ha producido un acto lesivo de sus derechos, que es homogéneo al declarado así en un proceso iniciado a favor de otra persona, tiene que iniciar el respectivo proceso constitucional, no estando facultada para solicitar que los efectos de la sentencia emitida en el otro proceso le sea extendida a través de un pedido de represión de actos lesivos homogéneos.

Sin embargo, en el caso de la protección de derechos de carácter difuso, como el caso del derecho al medio ambiente, este criterio deber ser analizado de forma particular, pues el acto lesivo calificado como tal en un primer proceso, no necesariamente tuvo como únicos afectados a la persona o colectivo de personas que interpuso la demanda. Se trata de un aspecto que tendrá que ser evaluado por los órganos jurisdiccionales en su real dimensión, en atención a las particularidades de la titularidad del derecho al medio ambiente, lo que refleja nuevamente la importancia de conocer los aspectos sustantivos

sobre este derecho para el análisis de las instituciones procesales orientadas a lograr su tutela.

El segundo criterio subjetivo implica identificar si el origen del nuevo acto lesivo es el mismo del considerado como lesivo de derechos en el proceso constitucional, es decir, si se ha producido por la misma autoridad, funcionario o persona. En este caso debe también analizarse el contenido de la sentencia emitida, que debe establecer quién es la persona que se encuentra obligada a cumplir el fallo de condena que ordena una prestación de dar, hacer o no hacer, lo cual refuerza la idea planteada en la sección anterior, sobre la necesidad de que este dato quede claramente consignado en la parte resolutive del fallo. Con relación a este segundo criterio se ha señalado:

Si se reitera exactamente el mismo acto lesivo, ejecutado por la misma demandada, la infracción encuentra remedio en una reiteración de lo ordenado en el mismo fallo. [...] [Un caso interesante es el] de la reiteración de la lesión, pero por otros agentes públicos. Si éstos se encuentran bajo la dependencia del condenado en el amparo, obvio es que la sentencia los comprende, y bastará con aplicarla respecto a ellos. En cambio, si se trata de sujetos ajenos a la repartición demandada, nos parece que no hay cosa juzgada para ellos (al no mediar identidad del sujeto), y por tanto, habría que articular un nuevo amparo para remediar el último acto lesivo. (Sagüés 2007: 472)

Tomando como referencia esta afirmación, pero asumiendo que el acto lesivo proviene de particulares podría señalarse que si un juez determina que una empresa no puede instalar una antena para el funcionamiento de teléfonos celulares en una determinada zona de la ciudad, por considerar que se afecta el derecho a la salud de las personas, y con posterioridad una segunda empresa desea hacer lo mismo, no correspondería, en una primera respuesta, acudir a la represión de actos lesivos homogéneos en atención a que el acto lesivo no tiene el mismo origen. Sin embargo, consideramos que en este tipo

de situaciones, los jueces podrían privilegiar el análisis del acto lesivo por encima del cumplimiento de este requisito de carácter subjetivo.

Con relación a este tema, pero incidiendo en el supuesto que el acto lesivo provenga de una autoridad o funcionario, se ha señalado:

[Un] problema se podría suscitar si la nueva agresión al derecho se da bajo las mismas formas, pero por intermedio de otro agente público u otra repartición distinta [...]. Si se tratase de una situación [...] en la que interviniesen dependientes diversos de una autoridad común involucrada en el amparo anterior, tampoco es dudoso sostener que corresponde la utilización del fallo de amparo, conminando a su cumplimiento, pues lo decidido obliga tanto a los primitivos agentes ofensores como a sus superiores, y esa obligación se transmite de éstos a los que de ellos dependan, cualquiera que sea su grado o ubicación dentro de la administración; si por el contrario, el nuevo acto proviene de órgano o agente no integrante de tal esquema (por ejemplo, el primer acto lesivo cometido por dependientes del Poder Ejecutivo; el segundo por otros dependientes de una repartición autárquica), aparece faltando la identidad subjetiva que junto con las de causa y objeto, conforman la cosa juzgada; sin embargo, y si la causa de la repetición del obrar dañoso es la misma, la subordinación definitiva a un superior común que se da en todos los órdenes y aspectos de la administración, permite extender el efecto y mandato de la sentencia dictada. (Rivas 2003: 612-613)

En cuanto a los aspectos objetivos, y como el nombre la institución lo indica, los actos lesivos que son objeto de comparación deben ser homogéneos, es decir, no se trata de invocar actos parecidos o que tengan algunas características en común, sino que debe acreditarse que los elementos que caracterizan el primer acto lesivo se encuentran presentes en el segundo. Dado que se trata de un mecanismo de tutela de derechos que debe ser resuelto de forma expedita por el juez, sin mayores etapas procesales o elementos probatorios, la homogeneidad debe ser manifiesta.

A modo de ejemplo, sobre las diversas formas en que un derecho como la libertad de reunión puede ser afectado se ha señalado:

[...] si una autoridad ha agredido el derecho de reunión interrumpiendo el ejercicio que de éste hacían algunas personas, y dos días después impide que se inicie una reunión entre ellas, existe entre los actos unidad de conflicto a pesar de las diferencias en la acción de la autoridad. Los actos pertenecen al mismo género de las acciones agresivas de hecho y sustancialmente integran el mismo conflicto en vinculación al mismo derecho. Si luego las personas solicitan una autorización para reunirse y la autoridad se la deniega mediante una resolución administrativa, nos encontramos ya en un plano distinto en el cual el Estado actúa amparado en una formalidad legal y por medio de una comunicación escrita, sin perjuicio de la eventual inconstitucionalidad del acto. (Garcés 2005: 54)

Para autores como Sagüés, la evaluación sobre la homogeneidad entre dos actos no sólo implica analizar sus características sino también las razones que les sirven de sustento. En este sentido ha señalado que “si la accionada repite su conducta pero con otros fundamentos (v.gr. clausura nuevamente un local, pero invocando distintas razones a las alegadas para disponer el primer cierre), cabe entender que se está frente a un comportamiento no captado por la sentencia firme de amparo, y que por ello, habrá que plantear uno diferente” (2007: 472).

Lo expuesto demuestra la importancia de que la sentencia del proceso constitucional señale de forma clara el acto que ha sido identificado como lesivo de derechos, evitándose su calificación con el uso de expresiones generales. Así por ejemplo, en el caso de las demandas de amparo sobre derechos laborales, no basta con indicar que el acto lesivo implicó un despido arbitrario, sino que debe precisarse si fue un despido sin justificación o causa alguna o si se sustentó en un motivo discriminatorio; incluso en

este último caso debe precisarse si el motivo del trato desigual fue el embarazo, la actividad sindical, una discapacidad, etc. Del mismo modo, en el caso de la prohibición de una determinada actividad económica deberá precisarse si dicha medida fue establecida para la protección del derecho al medio ambiente o aspectos como el orden público. La precisión de este tema en la sentencia respectiva permite identificar mejor si un acto lesivo posterior es homogéneo.

3.3.7.3 Presupuestos

Para solicitar la represión de actos lesivos homogéneos se requiere que exista una sentencia emitida en un proceso constitucional por medio de la cual se declara fundado un pedido de tutela de derechos fundamentales y que aquella haya sido cumplida conforme a sus propios términos. Lo primero sirve para establecer el parámetro de comparación del acto lesivo posterior al fallo. Lo segundo para identificar adecuadamente las acciones procesales a seguir ante situaciones de incumplimiento de sentencias, sin confundirlas con la represión de actos lesivos homogéneos.

En este sentido, no cabe dar inicio al mecanismo de represión de actos lesivos homogéneos si la decisión emitida en un proceso constitucional declara infundada o improcedente la demanda, pues ello supone que el acto lesivo invocado no fue identificado por la autoridad judicial como lesivo de derechos, en el primer caso, o que la demanda no cumplía los presupuestos procesales necesarios para que se emita un pronunciamiento sobre el fondo, en el segundo. Sólo un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia en un proceso constitucional permite identificar un acto lesivo de los

derechos fundamentales, cuyo contenido servirá de parámetro para analizar si un posterior acto invocado como lesivo resulta homogéneo.

Tampoco cabe dar inicio a la represión de actos lesivos homogéneos si la sentencia estimatoria emitida en un proceso constitucional no ha sido cumplida, pues en tal situación se estaría ante un incumplimiento de resoluciones judiciales, ante lo cual corresponde que las autoridades jurisdiccionales apliquen las medidas coercitivas que la legislación procesal establezca para que se cumpla con los mandatos que ordenan una prestación de dar, hacer o no hacer, es decir, para que se cumplan las sentencias de condena.

3.3.7.4. Desarrollo legislativo

La legislación anterior al Código Procesal Constitucional no estableció disposición alguna relacionada con la represión de actos lesivos homogéneos, con lo cual, ante la reiteración de un nuevo acto lesivo, correspondía dar inicio a un nuevo proceso de tutela de derechos fundamentales. Por ello, una de las novedades del Código es contemplar esta institución en su artículo 60°, el cual dispone:

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución.

Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.

Si bien la represión de actos lesivos homogéneos se encuentra formalmente en la sección referida al proceso de amparo, también se puede utilizar respecto a los otros procesos constitucionales, pues su objetivo no se circunscribe únicamente a la protección de derechos protegidos por el amparo, pues constituye un mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales en general. Tomando como referencia esta premisa, los principales aspectos de esta institución, recogida en el citado artículo 60° del Código, son las siguientes:

- *Características del acto lesivo cuya represión se solicita:* Se dispone que éste debe ser “sustancialmente” homogéneo al declarado lesivo en la sentencia sobre el fondo del proceso constitucional. Se trata de un término poco técnico, que indica que no deben existir dudas sobre la homogeneidad, la cual ha de ser clara y manifiesta.
- *Momento de aparición del nuevo acto lesivo:* La norma no señala que el nuevo acto deba producirse con posterioridad al cumplimiento de la sentencia –sólo indica “si sobreviniera”. Sin embargo, como se ha señalado, ello constituye un presupuesto importante para que pueda solicitarse la represión del nuevo acto, pues en caso contrario se estaría ante un supuesto de incumplimiento de sentencias.
- *Legitimidad activa:* El Código establece que el pedido debe ser efectuado por la “parte interesada”, que debe entenderse que se refiere a la persona beneficiada con la sentencia del proceso constitucional.
- *Juez competente:* Se precisa que es el juez de ejecución el competente para conocer este tipo de pedidos. La opción es razonable pues el órgano jurisdiccional que

conoció el proceso constitucional y la ejecución de la sentencia final es el más indicado para evaluar si un acto lesivo es homogéneo al anterior. Esto no ocurriría si el pedido se realiza ante un juez que no ha tenido conocimiento del caso.

- *Trámite:* Sólo se ha previsto la necesidad de correr traslado del pedido a la otra parte. En este sentido, se omiten temas relacionados con el plazo para presentar el pedido, o incluso si debe existir un plazo entre el cumplimiento de la sentencia y el nuevo acto.
- *Recurso de impugnación y efectos inmediatos de la decisión:* La decisión de primer grado puede ser apelada, garantizándose de esta forma la pluralidad de instancias, pero ello no impide que si es fundada se ejecute de inmediato. Esto resulta acorde con la actuación inmediata de sentencia impugnada prevista en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.
- *Contenido y efectos de la sentencia:* La sentencia debe declarar si existe homogeneidad entre los actos lesivos. En caso afirmativo, se extienden los efectos de lo decidido en el primer proceso constitucional “incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente”. Esto refuerza la importancia de que las sentencias que declaran fundada una demanda establezcan de forma clara el mandato concreto que las partes vencidas en el proceso deben llevar a cabo para garantizar la tutela procesal efectiva de los derechos.

Esta regulación legislativa sobre la represión de actos lesivos homogéneos es adecuada, correspondiendo a la jurisprudencia precisar detalles complementarios o subsanar las omisiones identificadas.

Como se indicó, uno de los temas ausentes en el Código es el plazo para solicitar la represión de actos lesivos homogéneos. A favor de establecerlo podría invocarse que si para pedir la tutela de un derecho frente a un acto lesivo se ha previsto un plazo, asimismo debería existir uno para reprimir el acto lesivo homogéneo. La urgencia que da lugar a los procesos constitucionales, asimismo, debería estar presente en la represión de los actos homogéneos posteriores a la sentencia. De aceptarse la necesidad de contar con un plazo, surge la duda de cuál sería éste. Al respecto, una primera opción podría ser considerar el mismo plazo que se establece para la interposición de la demanda¹³⁹.

Otra omisión del Código pero que ha sido subsanada por la jurisprudencia se refiere a la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la represión de actos lesivos homogéneos. Si bien la Constitución de 1993 limita la competencia del Tribunal al conocimiento únicamente de las resoluciones denegatorias de los procesos de tutela de derechos fundamentales, a través de su jurisprudencia el Tribunal ha considerado que sí puede intervenir en este procedimiento especial, no de forma directa sino como una tercera instancia, luego de que el pedido respectivo haya sido conocidos por dos instancias previas del Poder Judicial. Esta opción puede entenderse que se sustenta en la necesidad de que el Tribunal analice los actos que desconocen los alcances y mandatos de sus fallos. Para que la controversia llegue a conocimiento del Tribunal, correspondería interponer el respectivo recurso de agravio constitucional contra la

¹³⁹ La opción por el plazo no se aplicaría en los procesos de hábeas corpus, en los que no existe un plazo para presentar la demanda.

decisión de segunda instancia que deniega el pedido de represión de actos lesivos homogéneos.

Con relación al marco legislativo sobre esta institución, corresponde también señalar que si el acto lesivo de un derecho ha cesado o devenido irreparable luego de presentada la demanda, el Código ha previsto la posibilidad, en su artículo 1º, que la autoridad judicial pueda declararla fundada y ordenar que el mismo acto lesivo no vuelva a realizarse a futuro, bajo apercibimiento de ser aplicada las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º, configurándose de esta manera una tutela preventiva para futuros actos homogéneos. En estos casos, no correspondería dar inicio al procedimiento establecido en el artículo 60º del Código.

3.3.7.5. Desarrollo jurisprudencial

Durante los primeros años de vigencia del Código, al igual como ocurrió con otras instituciones procesales que fueron incorporadas a través del mismo, hubo poco desarrollo jurisprudencial. Recién a finales del 2007 se produjo el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la represión de actos lesivos homogéneos, mediante la resolución 5033-2006-PA, publicada el 28 de noviembre, en la que declaró improcedente el pedido respectivo pues no fue formulado ante el juez de ejecución sino de manera directa ante el Tribunal.

A mediados del 2008 se dio el segundo pronunciamiento del Tribunal sobre el tema, en la sentencia 4909-2007-HC, publicada el 26 de mayo. En este caso, una persona había recibido una tutela de sus derechos a través de un hábeas corpus, que dispuso su

reincorporación en un mercado para que pudiera continuar sus actividades en su local comercial. Posteriormente acudió al juez de ejecución argumentando que los emplazados originales incumplían la sentencia a su favor pues formulaban amenazas a su integridad personal y la libertad de tránsito con miras a que deje su puesto en el mercado. El juez de ejecución rechazó el pedido pues entendía que la sentencia había sido ya ejecutada, por lo que el demandante interpuso un nuevo hábeas corpus, que fue declarado infundado por considerarse que no se había acreditado la amenaza invocada. Al conocer el caso, el Tribunal Constitucional confirmó la decisión por los mismo motivos, pero precisó que el nuevo hábeas corpus fue presentado contra actos sobrevinientes y sustancialmente homogéneos a los declarados lesivos en el primer proceso, por lo que no resultaba necesario haber iniciado uno nuevo.

En el mismo año 2008, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia 896-2008-PA/TC, publicada el 1 de setiembre, que si bien no señala expresamente que fue resultado de un pedido de represión de actos lesivos homogéneos, tal situación se deduce de uno de los votos singulares. Los antecedentes de este caso se encuentran en la sentencia del Tribunal que declaró nula la resolución de destitución del juez supremo Walde Jáuregui emitida por el Consejo Nacional de la Magistratura, ordenándose la expedición de un nuevo pronunciamiento debidamente motivado. Luego de expedirse la nueva resolución, se declaró concluido el proceso; sin embargo, el señor Jáuregui consideró que la nueva resolución presentaba los mismos vicios lesivos de sus derechos fundamentales, por lo que solicitó la represión de lo que a su consideración constituía un acto lesivo homogéneo. En el Poder Judicial se denegó su pedido y el caso subió a conocimiento del Tribunal Constitucional, que lo declaró infundado.

Estos pronunciamientos demuestran que en los primeros años de vigencia del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional no tenía en claro los fundamentos, objetivos y características principales de la represión de actos lesivos homogéneos. Por ello, debe destacarse el esfuerzo realizado al interior de la institución orientado a revertir esta situación, proceso en el cual tuvimos bastante participación, lo que nos permite dar fe de lo que afirmamos.

El resultado de ello se pudo apreciar a comienzos del 2009, con la sentencia 4878-2008-PA, caso Viuda de Mariátegui e Hijos S.A, publicada el 23 de marzo, en la cual se precisaron los fundamentos de la institución, su relación con otras instituciones procesales, los presupuestos para admitir un pedido de represión de actos lesivos homogéneos y los criterios para identificar un acto de este tipo, temas a los cuales hemos hechos referencia en líneas anteriores. Del mismo modo el Tribunal hizo precisiones sobre el procedimiento de represión. De modo particular estableció un plazo para que el juez de ejecución emita la resolución final respecto al pedido. En este sentido dispuso que “luego de vencido el plazo de tres días para el traslado del reclamo a la otra parte, el juez dispone *prima facie* de un plazo equivalente para expedir resolución, atendiendo a circunstancias tales como, la complejidad de la materia, la determinación de la legitimidad en los supuestos de derechos difusos y derechos colectivos, entre otras” (fundamento 26 de la sentencia).

Lo paradójico de esta sentencia es que el caso concreto resuelto no era sobre actos lesivos homogéneos sino sobre el cumplimiento de una sentencia previa (1255-2003-AA), en la cual se declaró infundada una demanda de amparo. Lo que se reclamaba como incumplimiento era un fundamento particular del Tribunal sobre el cobro de

intereses por deudas tributarias. En resumen, se desarrolló la institución de los actos lesivos homogéneos a propósito de un caso relacionado con el incumplimiento de sentencias, por lo que el análisis jurisprudencial de esta institución procesal no pudo aplicarse al caso concreto.

Por ello, más relevancia tiene la sentencia 5287-2008-AA (caso Mario Lovón Ruiz), publicada el 28 de setiembre del 2009, en donde se reitera el mismo desarrollo jurisprudencial de la sentencia anterior¹⁴⁰, pero en un caso que sí se relacionaba con un pedido de represión de actos lesivos homogéneos. Sin embargo, la demanda fue declarada improcedente por la falta de competencia del Tribunal para conocer dicho pedido. En este sentido señaló (fundamentos 30 y 31 de la sentencia):

Mediante sentencia del 13 de marzo de 2006, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada en parte la demanda presentada por el señor Mario Lovón Ruiz-Caro, sentencia que fue cumplida por la entidad demandada mediante una Resolución Ministerial s/n, del 4 de mayo de 2006.

En consecuencia, la demanda de amparo tuvo una respuesta favorable en el Poder Judicial y el caso no llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional.

Con posterioridad, la misma Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la decisión de primer grado de desestimar el pedido de represión de actos lesivos homogéneos presentada por el señor Mario Lovón. En este sentido, si el propio órgano que emitió el fallo que declaró fundada la demanda –en este caso una Corte Superior- ha considerado que el nuevo acto producido no es homogéneo a aquél que consideró contrario al ejercicio de un derecho fundamental, no corresponde que esa decisión sea revisada por un órgano superior diferente que no intervino en el desarrollo del proceso constitucional.

Siendo así, el Tribunal Constitucional carece de competencia para conocer el pedido de represión de actos lesivos homogéneos presentado por el recurrente, por cuanto su

¹⁴⁰ La sentencia 5287-2008-AA estuvo a nuestro cargo cuando trabajamos en el Tribunal Constitucional y fue firmada por todos los magistrados con variaciones mínimas. Que el desarrollo que aquí se hizo de la institución de los actos lesivos homogéneos haya aparecido de forma previa en la sentencia 4878-2008-PA, caso Viuda de Mariátegui e Hijos S.A, fue principalmente una decisión institucional.

contenido se relaciona con una sentencia estimatoria emitida por el Poder Judicial, que no llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional.

Diversos casos de represión de actos lesivos homogéneos llegan a conocimiento del Tribunal, pero son casi inexistentes aquellos donde se han cumplido los presupuestos exigidos para declarar fundado el pedido respectivo. Por el contrario, hay situaciones en donde se aprecia un manifiesto uso incorrecto de esta institución, como la que a continuación comentamos.

Lorena González Vignati presentó una demanda de amparo contra la asociación “Lima Golf Club” a fin de proteger sus derechos a la libertad de asociación y a la no discriminación. En los hechos de la demanda que aparecen mencionados en la sentencia del Tribunal queda claro que se cuestionaba la actitud del club de no dar respuesta al pedido de la demandante para ingresar como asociada al mismo, lo que a su consideración implicaba una conducta arbitraria contra su persona, que incluso podía encontrar su origen en un acto de revanchismo de la asociación contra su padre. Respecto a la pretensión relacionada con la violación del derecho de asociación, la demanda resultaba manifiestamente improcedente, por cuanto este derecho no contempla dentro de sus facultades la posibilidad que una persona reclame ser admitida como integrante de una asociación. Por ello, debió ser declarada improcedente en aplicación del artículo 5º, inciso 1º, del Código Procesal Constitucional, que dispone la improcedencia del amparo cuando los hechos y el petitorio no guardan relación con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados; en otras palabras, cuando la controversia carezca de relevancia constitucional.

Lo mismo resultaba aplicable respecto a la pretensión relacionada con la violación del derecho a la igualdad, pues de los hechos del caso no se podía deducir que haya existido un trato diferente en razón a un motivo prohibido. Alegar que otras personas han sido admitidas como asociadas en un club y que uno no lo ha sido por revancha o venganza, no configura un problema de relevancia constitucional. Además, analizar los casos de supuesta discriminación en entidades privadas no es lo mismo que respecto a entidades estatales.

Lamentablemente, las sentencias de primer y segundo grado del Poder Judicial que resolvieron este caso dieron una respuesta inapropiada al mismo. En lugar de aplicar de forma muy operativa y sencilla el artículo 5°, inciso 1°, del Código Procesal Constitucional, señalaron que existía una autonomía de la asociación demandada para tomar sus decisiones y que en el amparo no existía etapa probatoria.

Con fecha 12 de abril del 2007, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el recurso de agravio interpuesto contra la resolución de segundo grado y dio un giro total al caso, pues precisó que lo que en el fondo quería plantear la demandante no era que se ordenara su ingreso a la asociación sino que el club demandante le otorgara una respuesta debidamente motivada a su solicitud. Al respecto señaló¹⁴¹:

3. Aunque bajo el contexto detallado podría afirmarse que lo que la demandante procura es su incorporación a la Asociación Civil “Lima Club Golf” contra la determinación de esta persona jurídica privada de rechazar su solicitud de ingreso, ello no es exactamente así. Y no lo es porque esta no presenta su pretensión en estos términos, sino como un reclamo-denuncia de corte constitucional que entraña la exigencia de una respuesta

¹⁴¹ Sentencia 8002-2006-AA (caso Lorena González Vignati), publicada el 13 de julio del 2007. Un caso idéntico está contenido en la sentencia 7034-2006-AA (caso Marilú González Vignati), publicada el 12 de abril del 2007.

sustentada, independientemente de su sentido, en razones elementalmente objetivas frente a la solicitud de referencia. La demandante argumenta que, en tanto cumple con los requisitos para acceder al estatus que invoca frente a la convocatoria pública del propio club demandado, le corresponde una respuesta escrita debidamente motivada que no se ha dado, consumándose así el designio de cierta voluntad por perjudicarla, agravando sus derechos fundamentales.

A partir de esta premisa, el Tribunal concluyó que el derecho afectado resultaba ser el “derecho al debido proceso corporativo particular entendido desde su dimensión o vertiente fundamentalmente sustantiva, que exige, entre otras cosas, razonabilidad en la toma de decisiones y proscripción de todo comportamiento que, como ha ocurrido en el proceso cuestionado, denote arbitrariedad”. En consecuencia, a fin de tutelar el derecho afectado ordenó a la asociación demandada “evaluar nuevamente, bajo expresa responsabilidad de sus directivos, el pedido de incorporación de la demandante en la condición de asociada activa, motivando explícitamente las razones que sustenten su decisión”.

En este caso el Tribunal realizó una variación sustantiva del petitorio de la demanda, que fue presentada con el objetivo de tutelar los derechos a la asociación y a la no discriminación. Sin embargo, a diferencia de otros casos en donde el Tribunal ha variado los alcances de la controversia central, en éste no se precisan los principios procesales u otros fundamentos que lo llevan a adoptar tal decisión. Como resulta obvio, la parte demandada no pudo en ningún momento hacer valer su derecho de defensa respecto a la presunta violación del debido proceso, identificada por el Tribunal en su sentencia y no por la parte demandante; aunque de alguna forma se refirió a este punto en la contestación de la demanda cuando afirmó que de acuerdo con el Estatuto de la club “las sesiones de la Junta Calificadora son reservadas, motivo por el cual el club no

tiene la obligación de dar explicaciones de las razones por las cuales no se ha aceptado una determinada solicitud de ingreso”.

Con fecha 22 de noviembre del 2007, es decir, pocos meses después del fallo del Tribunal, Lorena González Vignati presentó un pedido de represión de actos lesivos homogéneos, por considerar que la asociación “Lima Golf Club” había vuelto a vulnerar nuevamente los derechos que fueran tutelados mediante la sentencia del Tribunal Constitucional, pedido que fue desestimado en las dos instancias respectivas del Poder Judicial. Cuando el caso llegó a conocimiento del Tribunal, éste se pronunció a favor de la represión de los actos lesivos homogéneos¹⁴², pero en lugar de ordenar nuevamente a la asociación que emita una nueva resolución motivada, ordenó que ésta incorpore como asociada del Club a la demandante. La razón principal de esta decisión fue que la Asociación no había podido expresar, en dos oportunidades, “las razones objetivas, basadas en hechos comprobados” por las que consideraba improcedente la incorporación de González Vignati como asociada activa.

Al respecto se debe recordar que la premisa más importante para que proceda invocar este mecanismo de protección es que la sentencia emitida en el primer proceso de amparo haya sido cumplida, pues sólo después de ello es que podría aparecer un nuevo acto lesivo al cual se le calificase como homogéneo al anterior. Esto es muy importante para diferenciar lo que significa el incumplimiento de una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional y la aparición de un acto lesivo homogéneo al declarado inconstitucional por este órgano de control.

¹⁴² Sentencia 8002-2006-AA y 104-2009-AA (acumulados), publicada el 10 de diciembre del 2010.

En el caso concreto, la Asociación había cumplido con lo ordenado por el Tribunal, es decir, emitió una resolución por medio de la cual le explicaba a la demandante las razones por las que no iba a ser admitida como asociada del Club. En este escenario, si existía una discrepancia sobre el contenido de dicha resolución, ello no daba lugar al inicio de un pedido de represión de actos lesivos homogéneos, por cuanto no es lo mismo el acto de no dar una respuesta a un pedido para ingresar a un club que el acto de dar una respuesta a dicho pedido con argumentos sobre hechos presuntamente no comprobados.

A lo expuesto debemos agregar que la represión de los actos lesivos homogéneos no es una vía para la dilucidación de una controversia sobre si determinados actos se encuentran o no probados, como los que sustentaron la decisión del club de no admitir como asociada a la demandante. Si ello no procede en el amparo, todavía menos en un procedimiento como el contemplado en el artículo 60° del Código Procesal Constitucional.

3.3.8 Juez competente e instancias del proceso

La determinación de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer las demandas de defensa de derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales es un tema de suma importancia, por cuanto la tutela procesal efectiva de estos derechos sólo se puede obtener si quienes asumen la responsabilidad de resolver y conocer estos casos se encuentran debidamente preparados para ello y cuentan con las facilidades del caso para desarrollar sus actividades. Las opciones asumidas respecto a las instancias competentes para conocer y resolver los procesos

constitucionales presentan más diferencias que similitudes en el derecho comparado. Esto se constata al comparar cuáles son los órganos jurisdiccionales que conocen las demandas de amparo en primera y en segunda instancia, así como el grado de intervención que en relación al desarrollo de este proceso tienen las cortes supremas y los tribunales constitucionales.

En esta sección de la investigación buscamos evaluar los criterios tomados en consideración por la legislación para determinar la competencia de los órganos responsables de administrar justicia constitucional, en la perspectiva de evaluar si garantizan una adecuada resolución de las demandas orientadas a la tutela del derecho al medio ambiente.

3.3.8.1 Primera instancia

Los criterios más importantes para determinar los órganos jurisdiccionales competentes para resolver los procesos de tutela de derechos fundamentales en primera instancia son: el territorio, el grado y la materia.

3.3.8.1.1 Competencia en razón del territorio

La importancia del criterio del territorio se relaciona con el principio de inmediación, por medio del cual se busca que los órganos jurisdiccionales tengan la aproximación necesaria a las partes del proceso y a los hechos controvertidos. En el caso de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, el criterio del territorio debe permitir que las demandas respectivas puedan ser resueltas por los órganos

jurisdiccionales que puedan conocer de forma directa la afectación de los derechos invocados, de modo tal que pueda verificar adecuadamente los actos lesivos descritos en la demanda. De esta forma, también se garantiza que las autoridades jurisdiccionales puedan llevar a cabo las diligencias que consideren más adecuadas para la resolución de la controversia, que incluso puede implicar apersonarse al lugar en donde es posible constatar situaciones como la contaminación de un río o la construcción de una fábrica en un área protegida, en caso el derecho invocado sea el medio ambiente.

En algunos países, la legislación ha optado por circunscribir la presentación de una demanda de amparo ante el juez del lugar donde se produce la amenaza o vulneración de los derechos. Así por ejemplo, la legislación sobre la acción de tutela en Colombia señala que la competencia para conocer este proceso en primera instancia corresponde a los órganos jurisdiccionales del “lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud” (Decreto 2591, Artículo 37°).

Otra opción es otorgar diversas alternativas respecto al criterio del territorio, a fin de permitirle al demandante mayores opciones para garantizar su derecho, quedando la elección respectiva a su evaluación personal. Sin embargo, esta opción también podría dar lugar a problemas, pues la decisión final de a qué órgano jurisdiccional acudir podría estar guiada por otros intereses, como por ejemplo, evitar una adecuada defensa de la parte demandada (especialmente si se trata del Estado y de una demanda presentada en zonas alejadas) u obtener diversas sentencias, alguna de las cuales podría ser favorable.

En el caso peruano, el criterio del territorio ha sido objeto de diversas modificaciones, precisamente por los problemas que se han presentado. Respecto a lo ocurrido mientras estuvo vigente la legislación anterior (Ley N° 23506, de 1982), el siguiente cuadro resulta ilustrativo:

Norma	Contenido
Ley N° 23506 (1982)	Estableció que era competente para conocer las demandas de amparo el juez del “lugar donde se afectó el derecho o donde tiene domicilio el afectado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción”.
Ley N° 25011 (1989)	Reiteró que era competente para conocer las demandas de amparo el juez del “lugar donde se afectó el derecho o donde tiene domicilio el afectado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción”, precisando que la elección respectiva quedaba a cargo del demandante.
Ley N° 25398 (1992)	Precisó la competencia territorial respecto al tema de las amenazas. En este sentido dispuso que era competente para conocer las demandas de amparo el juez del “lugar donde se afectó el derecho o donde se cierne la amenaza, o donde tiene su domicilio el afectado o amenazado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción o amenaza, a elección del demandante”
Decreto Legislativo N° 900	Señaló que el juez competente era el del lugar “donde se produzca la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”. Contra esta modificatoria se presentó una demanda de inconstitucionalidad alegándose que los procesos constitucionales no pueden regularse mediante decretos legislativos. La demanda fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional, mediante sentencia publicada el 27 de diciembre del 2001 (Expediente 004-2001-I/TC).

En cuanto al Código Procesal Constitucional, el tema del territorio también ha sido objeto de diversas modificaciones, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Norma	Contenido
Código Procesal Constitucional (2004)	El texto original del artículo 51° del Código estableció que el juez competente era el del “lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción”.
Ley N° 28946 (2006)	<p>Se modificó el artículo 51° del Código a fin de precisar que el juez competente era el del “lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante”. En consecuencia, se precisaba que el domicilio del afectado no podía ser cualquiera sino el principal, lo cual estaba enfocado principalmente al tema de las personas jurídicas. Además, se eliminaba la posibilidad de presentar una demanda en el lugar donde domicilia el autor de la infracción y se reconocía que la elección respectiva quedaba en manos del demandante.</p> <p>De modo particular, en la modificación al artículo 51° se precisa que no se admite la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado. Además, de comprobarse malicia o temeridad en la elección del Juez por el demandante, se señala que éste es pasible de una multa, sin perjuicio de remitir copias al Ministerio Público, para que proceda con arreglo a sus atribuciones.</p>

Esta descripción de las modificaciones de la legislación peruana sobre la competencia de los jueces en materia de amparo en razón del territorio refleja los problemas que en los hechos se han presentado al respecto y la forma en que se ha buscado resolver, que

se relaciona con las alternativas ofrecidas a los demandantes para presentar su demanda, lo cual ha dado lugar a que muchas veces se presenten en lugares en donde no existe mayor control sobre las actividades de los magistrados o en donde la defensa del Estado es deficiente, por no hablar de la ausencia de control respecto a actos de corrupción. Ello se reflejó, por ejemplo, en las controversias relacionadas con la regulación de los casinos y máquinas tragamonedas y la prohibición de importación de autos usados, que daban lugar a demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, que a la vez de tener un domicilio principal, contaban con otros a nivel nacional.

En el caso del derecho al medio ambiente, el criterio territorial reviste especial importancia para su adecuada tutela procesal a través del proceso de amparo, siendo muy importante que los litigantes elijan adecuadamente el lugar donde presentarán las demandas respectivas, en particular porque estamos ante un derecho de carácter difuso, que puede implicar que un problema ambiental tenga su origen y sus repercusiones en diversos lugares. Si se presentan diversas demandas de amparo, ello podría dar lugar a respuestas diferentes.

3.3.8.1.2 Competencia en razón del grado

El Poder Judicial se encuentra conformado por una Corte Suprema así como por diferentes cortes superiores y juzgados. El criterio de la competencia en razón del grado permite identificar, dentro de esta estructura jerárquica, cuáles son las instancias ante las que se puede presentar un amparo.

En Colombia, las normas contenidas en el Decreto 2591 sólo condicionan la presentación de las demandas de tutela al criterio del territorio, por lo que cualquier instancia es competente para resolver este proceso. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades que no se puede presentar una demanda de amparo ante las altas corporaciones de la administración de justicia (la Corte Suprema, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura)¹⁴³. Esta excepción se justifica por cuanto no sería posible impugnar sus fallos, debido a que todas carecen de un superior jerárquico, lo que eliminaría la posibilidad de una segunda instancia, prevista en el artículo 86° de la Constitución, el cual señala que el fallo de primera instancia en la acción de tutela “podrá impugnarse ante el juez competente”.

En el Perú, el proceso de amparo se inicia ante los juzgados especializados en lo civil, constitucional o mixtos. En el caso de los procesos de amparo contra resoluciones judiciales, por cerca de veinticinco años (1982-2006) estuvo vigente la regla según la cual la primera instancia en estos procesos recaía en las cortes superiores.

La importancia de la determinación del criterio del grado se aprecia en cuanto a la conformación de los órganos jurisdiccionales (unipersonales o colegiados), la carga procesal y el tiempo empleado para resolver los procesos en trámite, así como las decisiones que deben ser adoptadas durante el desarrollo del proceso.

Dado que los procesos de tutela de derechos deben ser urgentes, ello se ve fortalecido con la opción legislativa por otorgar competencia en primera instancia a un órgano

¹⁴³ Sentencia de la Corte Constitucional T-080/95, del 28 de febrero de 1995.

unipersonal, que puede adoptar decisiones de forma inmediata para la mejor resolución de la controversia, desde la determinación de las acciones que sean necesarias, como acudir al lugar de los hechos, hasta la decisión final misma del caso.

Si la opción fuera por un órgano colegiado, lo más probable es que las acciones necesarias sean asignadas a uno de los magistrados que lo integran, quien deberá dar cuenta de las mismas a los otros miembros del colegiado. Además, la decisión final deberá requerir el voto unánime de todos sus integrantes, por lo que en caso ello no ocurra, será necesario convocar a magistrados de otras salas, hasta alcanzar los votos que la ley exige. En el caso peruano, esta situación se ha reflejado cuando se han discutido temas de especial importancia a través de los procesos constitucionales, en donde los procesos respectivos tuvieron una duración excesiva debido a la demora para obtenerse los votos necesarios para considerar que había sido emitida una resolución final respecto al caso¹⁴⁴.

3.3.8.1.3 Competencia en razón de la materia

Para resolver las pretensiones de los ciudadanos con una mejor evaluación de los hechos y una adecuada aplicación de las normas legales, los sistemas jurídicos establecen órganos jurisdiccionales especializados en la resolución de determinadas materias, sean de índole civil, penal, laboral, etc. Esta especialización puede darse en todas o sólo algunas de las instancias judiciales.

¹⁴⁴ Así ocurrió, por ejemplo, en el proceso de amparo relacionado con la píldora del día siguiente, en donde a nivel de segunda instancia hubo una sustantiva demora del proceso debido a las diferentes discordias que se presentaron. Se puede ver al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional 2005-2009-PA (caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción), publicada el 22 de octubre del 2009.

En algunos países de la región, existe la posibilidad de escoger la especialidad del órgano jurisdiccional que conozca el proceso de amparo en primera instancia. En otros, la legislación establece determinados criterios a seguir. En Colombia, la legislación sobre la acción de tutela no se pronuncia sobre el tema de la especialidad (Decreto 2591, artículo 37°), elección que queda en manos de los demandantes.

En el Perú, la opción del legislador ha sido asignar el conocimiento de los procesos constitucionales a los jueces especializados en derecho civil, cuya formación no se relaciona con la tutela de derechos fundamentales sino con la resolución de controversias de índole patrimonial. Asimismo, se trata de magistrados que se encuentran más familiarizados con el desarrollo de los procesos judiciales desde una perspectiva más ordinaria, antes que con un enfoque que privilegia la tutela procesal específica de derechos fundamentales. Esta es una de las razones por las que el proceso constitucional de amparo en el Perú ha sido visto, por parte de los jueces, como un proceso similar a las otras vías judiciales ordinarias.

Esta opción legislativa ha buscado ser modificada mediante la creación de juzgados especializados en materia de procesos constitucionales. En este sentido, la Tercera Disposición Final del Código Procesal Constitucional dispone: “Los procesos de competencia del Poder Judicial a que se refiere el presente Código se iniciarán ante los jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos, con la sola excepción del proceso de hábeas corpus que podrá iniciarse ante cualquier juez penal”. Sobre esta opción se ha señalado:

[...] El Código abre la posibilidad de contar con jueces constitucionales especializados cuyo número dependerá de la carga procesal con que cuente cada distrito judicial y la

decisión que del tema adopte el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial [...] Esta propuesta no es una novedad, pues como se recordará, hace algunos años existieron dos jueces y una Sala especializada en Derecho Público con competencia para resolver todos los procesos constitucionales procedentes de Lima y Callao. Debido, fundamentalmente, a su falta de imparcialidad e independencia respecto al poder político, así como a su escaso número –sólo dos jueces- el sistema fracasó. Ello no significa que la especialización en sí misma sea negativa, sino que lo fue la forma como ella se implementó.

Posteriormente, con motivo del proceso de Reestructuración del Poder Judicial convocado a iniciativa de la Corte Suprema [...] se aprobó [una] propuesta que planteaba la creación de Juzgados y Salas Constitucionales al interior del Poder Judicial. Una de las razones que justificaron dicha propuesta fue el elevado número de procesos constitucionales. Por ello, se propuso la creación en el Distrito Judicial de Lima de cinco Juzgados y Tres Salas Especializadas en Derecho Constitucional, así como la conversión de veinte de los juzgados especializados en lo Civil de Lima en Juzgados Especializados en Derecho Constitucional [...] (Abad 2004: 209-210)

Al amparo la Tercera Disposición Final del Código Procesal Constitucional, en el distrito judicial de Lima se han creado diez (10) juzgados especializados en materia constitucional, cuya labor todavía no puede considerarse que haya significado un gran cambio respecto al sistema anterior. La creación de estos órganos no fue inmediata, pues recién se concretó mediante la Resolución Administrativa N° 319-2008-CE-PJ, publicada el 28 de enero del 2009 en el diario oficial El Peruano, es decir, cuatro años después de la entrada en vigencia del Código. Tampoco abarcó a todos los niveles del distrito judicial de Lima, pues no se crearon salas especializadas.

En otros distritos judiciales el avance ha sido sumamente menor. En el distrito judicial de Ayacucho se constituyó el Juzgado Especializado en Derecho Constitucional de Huamanga, y en el de Lambayeque se creó en el 2006 una Sala especializada.

3.3.8.2 Segunda instancia

En todo proceso judicial, la segunda instancia debe ser entendida como una de revisión, cuya labor depende del grado de análisis del caso que haya realizado la instancia judicial previa. Si ésta abordó el caso como correspondía, la decisión de segundo grado no debería generar mayor problema. Si el enfoque de la controversia es completamente distinto, se está en los hechos ante un proceso con otra perspectiva de análisis.

En el ámbito de los procesos constitucionales no hay cifras que permitan identificar el grado de divergencia o concordancia entre las decisiones de primera y segunda instancia. Sin embargo, al revisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es posible identificar que existe una tendencia en coincidir respecto de la aplicación de las causales de improcedencia.

En el Perú, la regla general ha sido reconocer una segunda instancia en materia de procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, que ha recaído en las Cortes Superiores que conocen en apelación las sentencias de primera instancia. La excepción se presentaba en los procesos de amparo contra resoluciones judiciales, en donde la Corte Suprema de Justicia fue durante muchos años la segunda instancia.

Si la sentencia de segunda instancia es favorable al demandante, el proceso de amparo culmina. Si la sentencia de segunda instancia es desfavorable al demandante, el caso puede ser puesto a conocimiento del Tribunal Constitucional para su revisión.

3.4.8.3 Intervención de la Corte Suprema

La Corte Suprema de todo país debe tener competencias orientadas a establecer criterios de interpretación o jurisprudencia vinculante a ser seguida por los demás órganos que conforman el Poder Judicial, en la perspectiva de uniformizar la jurisprudencia y generar predictibilidad sobre la manera en que serán resueltas las controversias que involucren los derechos y obligaciones de los particulares y el Estado.

A partir de esta premisa, las cortes supremas deberían asumir este papel respecto a los procesos de tutela de derechos fundamentales. Sin embargo, al existir un Tribunal Constitucional, al que le corresponde asumir la competencia antes reseñada, carece de sentido que la máxima instancia del Poder Judicial tenga un papel activo respecto a los procesos constitucionales. Ello explica que a partir de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre el fondo de las demandas, y no sólo como una instancia de casación como establecía la Constitución de 1979, la legislación procesal constitucional estableciera que la Corte Suprema sólo tenía competencia para conocer en segunda instancia las demandas de amparo interpuestas contra resoluciones judiciales, siempre que contra la sentencia de primera instancia de las cortes superiores se hubiese presentado el respectivo recurso de apelación. La decisión de la Corte Suprema podía ser revisada por el Tribunal Constitucional si resultaba desfavorable al demandante y se interponía el correspondiente recurso de agravio constitucional.

En el 2009, con las modificaciones al Código Procesal Constitucional efectuadas a través de la Ley N° 29364, publicada el 28 de mayo de aquel año, se derogaron los dos últimos párrafos del artículo 51° del Código, que establecían la competencia de las

cortes superiores para conocer en primer grado las demandas de amparo contra resoluciones judiciales. Con esta reforma, tales demandas corresponden ser conocidas en primera instancia por los jueces constitucionales, civiles o mixtos, y en segunda instancia por las cortes superiores, eliminándose la competencia de la Corte Suprema respecto a esta materia como instancia de segundo grado.

En cuanto a la intervención de la Corte Suprema respecto a los procesos constitucionales corresponde señalar dos aspectos adicionales.

El texto original del Código Procesal Constitucional estableció una medida no prevista anteriormente respecto a las medidas cautelares. En este sentido, dispuso que cuando a través de ellas se buscara dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, su presentación debía realizarse ante las respectivas cortes superiores, por lo que la apelación era conocida por la Corte Suprema. Mediante la Ley N° 28946, publicada el 24 de diciembre del 2006, esta competencia fue derogada.

De otro lado, el texto vigente del artículo 3° del Código, conforme a la modificatoria realizada también por la citada Ley N° 28946, ha previsto la intervención de la Corte Suprema como una instancia de consulta de aquellos casos de amparo contra normas legales en donde se hubiese aplicado el control difuso. Al respecto esta norma señala:

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas.

Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

Por lo expuesto, la actividad de la Corte Suprema respecto a los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales está solamente prevista para el último de los casos señalados, es decir, como instancia de revisión de las sentencias en donde se declare fundada la demanda y se inaplique una norma autoaplicativa. Lamentablemente, hasta la fecha no es posible contar con información concreta sobre la forma en que la Corte Suprema lleva a cabo esta labor, tanto desde un enfoque procesal como sustantivo.

3.3.8.4 Intervención del Tribunal Constitucional

La intervención de los tribunales constitucionales en los procesos constitucionales puede darse de dos maneras: o tienen competencia respecto a todos los procesos o sólo intervienen en determinados casos. Como afirma Fernández Rodríguez (2005: 141), “la intervención de la jurisdicción constitucional debería presentar [...] un carácter extraordinario, correspondiéndole el papel central a los jueces ordinarios. Así, en varios [países de América Latina] la entrada en escena del órgano de jurisdicción constitucional se produce en revisión”.

3.3.8.4.1 Intervención en todos los procesos

El primero de los supuestos ocurre en Bolivia, cuya Constitución del 2009 establece que su Tribunal Constitucional Plurinacional conoce en revisión todos los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales, sin que ello perjudique el cumplimiento inmediato de las decisiones adoptadas en primera instancia. En este

sentido, el artículo 202º, inciso 6º, del texto constitucional boliviano dispone que corresponde al Tribunal “la revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción”.

3.3.8.4.2 Intervención en algunos procesos

La opción más frecuente es aquella por la cual los tribunales constitucionales sólo conocen determinados procesos, pero incluso en este escenario existen diferentes alternativas. Así, en algunos casos es el propio Tribunal el que decide qué procesos conocer, mientras que en otros ello está determinado por la normativa constitucional y legal. Ejemplo de lo primero es lo que ocurre en Colombia, mientras que en el Perú se ha optado por lo segundo.

3.3.8.4.2.1 La experiencia de Colombia

El segundo párrafo del artículo 86º de la Constitución de Colombia establece que todas las decisiones de tutela emitidas por los diversos órganos jurisdiccionales del país son remitidas a la Corte Constitucional “para su eventual revisión”. Esta disposición concuerda con la competencia que le ha sido asignada a la Corte en el artículo 291º, inciso 9º, de la Constitución, la cual consiste en: “[...] revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos

constitucionales”. Al precisar las características de esta competencia, la Corte Constitucional ha señalado¹⁴⁵:

El objetivo primordial de la revisión eventual, mucho más allá de la resolución específica del caso escogido, es el análisis de fondo sobre la manera como se ha interpretado y aplicado por los jueces la preceptiva constitucional y la definición que hace la Corte, en el plano doctrinal, acerca de cómo debe entenderse y aplicarse en casos posteriores en los que surja el mismo debate, a propósito de hechos o circunstancias regidas por idénticos preceptos.

Sobre los alcances de este proceso de revisión y selección de sentencias, la Corte Constitucional ha señalado que abarca tres dimensiones: a) el deber de remitir a la Corte la totalidad de los fallos de tutela adoptados por los jueces de la República para su eventual revisión; 2) los efectos de la decisión de la Corte respecto de cada uno de los casos a ella remitidos, y 3) el ámbito del control ejercido por la Corte cuando decide revisar un fallo de tutela¹⁴⁶:

4.2 Primero, el deber de remisión de todos los fallos de tutela a la Corte Constitucional obedece a la necesidad de que sea un órgano centralizado al cual se le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución el que finalmente determine cuáles son los fallos de tutela que representan una aplicación adecuada de los derechos constitucionales y así ejerza la tarea de unificación jurisprudencial en materia de derechos fundamentales y de desarrollo judicial de la Constitución. Con esta decisión el Constituyente ha creado el mecanismo más amplio, y a la vez eficaz, para evitar que los derechos fundamentales no obtengan la protección que merecen como principios medulares de la organización política colombiana. Es así como la Corte Constitucional debe mirar la totalidad de las sentencias de tutela, bien sea para seleccionar las sentencias que ameritan una revisión o para decretar su no selección pero en cualquiera de estos dos eventos debe estudiar el fallo de instancia y adoptar una decisión al respecto. Por otra parte, en el proceso de selección, cualquier persona tiene la

¹⁴⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-260/95, del 20 de junio de 1995.

¹⁴⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-1219/01, del 21 de noviembre del 2001.

posibilidad de elevar una petición ante la Corte para que una determinada sentencia sea escogida porque, a su juicio, incurrió en un error, incluso si éste no tiene la entidad y la gravedad para constituir una vía de hecho.

Segundo, la decisión de la Corte Constitucional consistente en no seleccionar para revisión una sentencia de tutela tiene como efecto principal la ejecutoria formal y material de esta sentencia, con lo que opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Salvo la eventualidad de la anulación de dicha sentencia por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley, la decisión de excluir la sentencia de tutela de la revisión se traduce en el establecimiento de una cosa juzgada inmutable y definitiva. De esta forma se resguarda el principio de la seguridad jurídica y se manifiesta el carácter de la Corte Constitucional como órgano de cierre del sistema jurídico.

Tercero, el ámbito del control que ejerce la Corte cuando adelanta el proceso de selección de fallos de tutela es mucho más amplio que el efectuado respecto de las vías de hecho. En otras palabras, la Corte no se limita a seleccionar los fallos de tutela arbitrarios, sino que además escoge fallos que así no se hayan situado en los extramuros del orden jurídico, representan interpretaciones de los derechos que plantean un problema valioso para el desarrollo jurisprudencial de la Constitución ya que el Decreto 2591 le confiere esa facultad.

La remisión de los expedientes de tutela a la Corte es un mandato constitucional imperativo para todas las instancias jurisdiccionales del país, independientemente de cuál haya sido la decisión adoptada. Una vez remitidos, son evaluados al interior de la Corte Constitucional por una Sala de Selección, que decide cuáles debe ser objeto de revisión. La decisión es discrecional, es decir, “sin motivación expresa y según su criterio”, de acuerdo a lo dispuesto en la legislación sobre la acción de tutela (Decreto 2591, artículo 33°). Si una sentencia de tutela no es seleccionada, cualquier magistrado de la Corte, el Defensor del Pueblo o el Procurador General de la Nación pueden insistir en su revisión, cuando considere que con ella se puede “aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave” (Decreto 2591, artículo 33°). Si hay insistencia, el

expediente pasa de nuevo a Sala de Selección, la que definirá finalmente si procede la solicitud. Al respecto la Corte ha señalado¹⁴⁷:

[...] ni la petición de un magistrado ni la del Defensor del Pueblo para que se revise un proceso de tutela obliga a la Sala de Selección, la cual autónomamente decide sin motivación expresa y según su criterio. [...] Tampoco cabe el derecho de petición en cabeza de los interesados, pues las actuaciones de revisión de tutelas tienen un trámite constitucional, legal y reglamentario propio, aparte de que ninguna norma ha consagrado ni expresa ni tácitamente la realización de un acto procesal de esta naturaleza, ni mucho menos ha señalado reglas para su tramitación.

De acuerdo con la información disponible en la página web de la Corte Constitucional, este procedimiento de revisión puede ser sintetizado de la siguiente manera:

1. Todas las tutelas [dictadas en Colombia], hayan sido concedidas o negadas, deben ser remitidas a la Corte Constitucional para que se estudie su posible selección y eventual revisión.
2. Una vez llegan las tutelas a la Corte Constitucional, se les asigna un número interno que permite su reparto al azar para estudio y preselección.
3. Cualquier ciudadano puede y tiene derecho a solicitar directamente a la Corte el estudio de una tutela y para ello no tiene que acudir a intermediarios.
4. La designación de la Sala de Selección se realiza mediante sorteo, una semana antes de que inicie su labor, de tal forma que nadie sabe quiénes serán los magistrados encargados de ello. Los sorteos los hace la Sala Plena, en presencia de todos los magistrados y de la Secretaria General.
5. La Sala de Selección estudia las tutelas preseleccionadas, las peticiones escritas que haga cualquier ciudadano, y las insistencias de tutelas no seleccionadas el mes anterior. Para que una tutela sea seleccionada se requiere que los dos magistrados que componen la Sala voten a favor de su escogencia.
6. Si una tutela no es seleccionada, existe un plazo de 15 días calendario para insistir en su revisión, contados a partir de la notificación del auto mediante el cual se informa que la tutela no fue seleccionada. Si no se insiste en ese plazo, la tutela queda excluida de

¹⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-424/95, del 26 de setiembre de 1995.

manera definitiva. Si hay insistencia, el estudio de la misma corresponde a otra Sala de Selección el mes siguiente, la cual también es sorteada al azar.

7. La insistencia sólo la pueden presentar los magistrados de la Corte Constitucional, el Procurador General de la Nación o el Defensor del Pueblo, por escrito y exponiendo los motivos por los cuales la tutela en cuestión debería ser reconsiderada para su eventual selección.

8. La Sala de Selección es autónoma para decidir si acoge o no los argumentos presentados por quienes insisten. [...]

La revisión de las sentencias de tutela seleccionadas se realiza a través de Salas, integradas por tres magistrados de la Corte Constitucional. Sin embargo, los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por el Pleno de la Corte. También de acuerdo con información disponible en su página web, mediante el procedimiento de selección “se examinan mensualmente un promedio de 40.000 expedientes de tutela de todo el país – se radican 2.000 diarios-. De este total, sólo se selecciona para revisión aproximadamente 60 tutelas al mes. En este proceso, participan cerca de 80 funcionarios de distintos niveles de la Corte Constitucional”.

Las sentencias de revisión de la Corte Constitucional son inmediatamente comunicadas al juez de primera instancia que resolvió la acción de tutela, quien luego de notificar a las partes, deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en la revisión y adecuar el fallo a lo pertinente (Decreto 2591, artículo 36°).

3.3.8.4.2.2 El caso peruano

El artículo 202° inciso 2° de la Constitución de 1993 establece que el Tribunal Constitucional tiene competencia para “conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de [...] amparo”. Sin embargo, el Tribunal no conoce todas las

resoluciones denegatorias, sino sólo aquellas contra las cuales se presenta el denominado recurso de agravio constitucional, que a su vez sólo puede interponerse contra las sentencias de última instancia en el Poder Judicial, es decir, contra las sentencias denegatorias de amparo emitidas por las Cortes Superiores. En este sentido, el artículo 18° del Código Procesal Constitucional establece:

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.

Si el recurso extraordinario no se interpone, el Tribunal Constitucional no tiene posibilidad de conocer, bajo ninguna forma, la sentencia denegatoria de amparo emitida por el Poder Judicial. Esto origina que sobre determinados temas de importancia el Tribunal no pueda pronunciarse. En una sección anterior de este trabajo hemos hecho referencia a los problemas originados por la opción asumida por la Constitución de 1993 y las diversas respuestas que han buscado ser empleadas para dar solución a los mismos, aunque sin éxito. Aquí corresponde indicar que a través de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que el recurso de agravio constitucional también puede ser presentado para que suban a su conocimiento casos relacionados con problemas en la ejecución de sus sentencias o del Poder Judicial, denegatorias de represión de actos lesivos homogéneos y revisión de hábeas corpus declarados fundados en el Poder Judicial a favor de personas procesadas por tráfico ilícito de drogas

3.4 Magistratura constitucional

El análisis de los procesos constitucionales y de la forma en que las controversias son resueltas no puede realizarse de forma aislada de un factor que resulta esencial, relacionado con quiénes son los que resuelven este tipo de controversias. El análisis de este tema puede ser realizado tanto a nivel de lo que ocurre en el Poder Judicial como en el Tribunal Constitucional. Nos estamos refiriendo, en consecuencia, a la magistratura constitucional, de cuya fortaleza o debilidad depende el desarrollo de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. A efectos del presente trabajo interesa hacer una breve referencia a la actividad desarrollada por estas instancias.

3.4.1 Poder Judicial

Cuando una persona presenta una demanda de amparo, es su intención que dicho proceso sea resuelto de la manera más pronta posible, con un fallo que precise claramente si el derecho ha sido afectado, y en caso afirmativo, que señale qué medida debe ser adoptada para lograr su protección. Por ello, resulta de especial importancia hacer una referencia a la actuación del Poder Judicial respecto a las demandas de amparo puestas a su conocimiento.

Mientras estuvo vigente la Constitución de 1979 no hubo una cabal comprensión de la finalidad del proceso de amparo, situación que llevó a la *ordinarización* de este proceso, es decir, a su concepción como un proceso judicial más y no como un proceso especial que debe ser tramitado de forma diferente y preferente, en atención a su particular objetivo, cual es la defensa inmediata y efectiva de los derechos fundamentales. Sobre

el desarrollo de los procesos constitucionales durante la vigencia de la Constitución de 1979 hasta el abrupto golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se ha señalado:

A nivel del Poder Judicial [no] se apreció un óptimo funcionamiento. La desconfianza ciudadana para acudir al hábeas corpus por su poca eficacia y frecuente rechazo en los casos planteados durante los regímenes de excepción; el desconocimiento de este instrumento de defensa de la libertad individual; su ineficacia en casos de desapariciones forzadas; el abuso y uso indebido del amparo –especialmente de la medida cautelar; constituyeron algunos ejemplos de lo afirmado.

A todo lo señalado, se unieron interpretaciones jurisprudenciales erróneas, legalistas o de escaso contenido, un apego indebido de algunos magistrados a los órganos que los designaron, influencias políticas, así como debilidad ante presiones económicas. (Abad 2004: 82-83)

Tras el golpe de Estado de 1992 se dio inicio a un nuevo proceso de reforma del Poder Judicial, cuyo objetivo era lograr que esta institución estuviese bajo el control de Ejecutivo, lo que en efecto ocurrió. La intervención política llegó a niveles nunca antes vistos. Como era de esperarse, esto repercutió negativamente en el desarrollo de los procesos constitucionales. El ejemplo más claro de esta situación quedó de manifiesto mediante la creación de juzgados y una sala especializada en derecho público, que si bien en un inicio actuaron de manera independiente, fueron desactivados y luego vuelta a poner en funcionamiento, esta vez con magistrados que constituyeron la antítesis de la correcta impartición de justicia y que respondieron a los intereses de la dictadura antes que a las exigencias de una tutela efectiva de derechos fundamentales.

En este sentido, durante la vigencia de la Constitución de 1979 y el gobierno autoritario del ex presidente Fujimori, los objetivos del amparo prácticamente fueron distorsionados y se acudió al mismo para alcanzar finalidades distintas a la protección

de derechos fundamentales. Además, las reformas normativas constantes a este proceso se orientaron a restarle eficacia. Ante ambas situaciones, el Poder Judicial no actuó a la altura de las expectativas.

Luego del retorno a la democracia a finales del año 2000, el Poder Judicial se encontró ante el reto de llevar a cabo una verdadera reforma que le permitiera hacer frente a las exigencias ciudadanas. Sin embargo, hasta la fecha la jurisprudencia del Poder Judicial sobre los procesos constitucionales ha estado más orientada a seguir los lineamientos esbozados por el Tribunal Constitucional. Respecto a la forma en que son resueltos los procesos de tutela de derechos fundamentales se ha señalado:

Normativamente [el] trámite preferencial [del amparo] está previsto, al señalársele un procedimiento sumario, y términos breves entre etapa y etapa; pero en la práctica, cuando están los expedientes respectivos, para sentencia, los jueces que en estos casos son jueces o salas en lo civil, dilatan mucho los respectivos veredictos, pretextando que paralelamente tienen una recargada carga procesal.

¿Qué es lo que sucede en la práctica? Los jueces especializados en materia civil, están acostumbrados a otros procedimientos más largos tales como los de conocimiento por ejemplo y ellos miden la importancia de los conflictos judiciales, no en función al rango constitucional que hay que proteger, sino en el monto que se discute, la importancia o personalidad de las partes contendientes, sean éstas personas naturales o jurídicas; la influencia de las mismas y sus gestiones y presiones. Por ello, dan preferencia a conflictos civiles antes que a los constitucionales. Olvidan que cuando tienen en sus manos acciones de amparo, de hábeas data o de cumplimiento, están actuando u oficiando de jueces constitucionales. Por ello resuelven primero los “casos grandes” y en forma subsidiaria las acciones de amparo. (Ortecho 2009: 708)

Finalmente, corresponde señalar que la ordinarización del proceso de amparo no ha desaparecido, situación que se ve reflejada en las resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional en donde se declaran improcedentes las demandas, es decir, en donde no

se llega a analizar el fondo de la controversia sino a identificar alguna situación que no permite que la misma pueda ser conocida a través del amparo.

3.4.2 Tribunal Constitucional

3.4.2.1 Aspectos generales

A diferencia de Estados Unidos de América e Inglaterra, en Europa continental la desconfianza respecto al Poder Judicial dio lugar a plantear un modelo de control constitucional distinto, cuyo origen no estuvo en algún fallo o resolución judicial, sino en una construcción teórica, que luego fue concretándose en diferentes países y expandiéndose:

[...] los países de la Europa continental, moviéndose en el marco de la tradición romano-civilista, se plantearon a la altura de los años veinte del siglo pasado, el problema del control de constitucionalidad y cómo resolverlo. Para ello idearon dos cosas: un órgano ad hoc para llevarlo a cabo (los tribunales constitucionales) y determinados procesos que se desarrollarían ante ellos. (García Belaunde 2004: 55)

Correspondió al jurista Hans Kelsen la elaboración de los fundamentos teóricos de la institución del Tribunal Constitucional. En su obra “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (1921), explicó las características esenciales de esta institución y su labor como órgano de defensa de la Constitución:

La cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos

participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional. (Kelsen 2001: 55-56)

Con el paso del tiempo, los tribunales constitucionales fueron incorporándose en los textos constitucionales europeos y de América Latina, asignándoseles de forma progresiva diversas competencias, que no sólo incluyen los procesos constitucionales en sentido estricto. Al realizar un análisis comparado de estas instituciones, Nogueira ha llegado a esbozar la siguiente definición sobre los tribunales constitucionales:

[...] órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen por función esencial y exclusiva la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referentes como núcleo esencial a la constitucionalidad de normas infraconstitucionales y la distribución vertical y horizontal del poder estatal, agregándose generalmente la protección extraordinaria de los derechos fundamentales, que actúan en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada, pudiendo expulsar del ordenamiento jurídico las normas consideradas inconstitucionales. (Nogueira 2004a: 63)

Sobre las sentencias de los tribunales constitucionales el mismo autor afirma:

[...] los tribunales constitucionales en sus decisiones tienen como único límite el carácter jurídico de sus decisiones e interpretaciones, todas ellas razonadas y sostenidas por los valores, principios y reglas constitucionales, desarrollándolos y dándoles vida jurídica efectiva. La nueva realidad de los tribunales constitucionales como órganos que superan la visión tradicional del legislador negativo propuesto por Kelsen, hace necesario estructurar una mayor colaboración entre tribunales constitucionales y órganos colegisladores mediante el establecimiento de instancias de diálogo periódico institucionalizado, consultas, como asimismo, mediante el establecimiento de informes anuales de las cortes constitucionales al Gobierno y al Congreso, como ya existen en algunos países. (Nogueira 2004b: 104)

En todos los países que cuentan con tribunales constitucionales que han estado a la altura de las exigencias de la realidad, su papel como intérpretes supremos de la Constitución ha sido trascendental a fin de alcanzar una adecuada protección judicial de los derechos fundamentales. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Alemania, España y Colombia, y en su momento eso ocurrió en Bolivia¹⁴⁸ y Perú. En todos lados, una de las críticas más fuertes a los tribunales constitucionales ha sido actuar con una perspectiva política, antes que con un análisis jurídico-constitucional de las controversias que llegan a su conocimiento:

En efecto, la acusación más fuerte, infamante y deslegitimadora que puede hacerse a un tribunal constitucional, como en general a todo sujeto llamado a desarrollar tareas neutrales de garantía en interés de todos, es la de actuar o haber actuado políticamente; acusación mucho más grave que la de equivocarse o haberse equivocado en una resolución. La prueba del carácter político de la resolución podría encontrarse con frecuencia en las divisiones entre los jueces. No es que la unidad sea necesariamente manifestación de apoliticismo. Todos pueden estar de acuerdo en realizar una acción mala, es decir, en nuestro caso, una acción política por medio de una sentencia. Pero el desacuerdo es considerado comúnmente como un serio indicio de un conflicto entre partes, entre facciones enfrentadas; en síntesis: señal de pugna política. (Zagrebel'sky 2008: 37)

¹⁴⁸ Al comentar los primeros cinco años de funcionamiento del Tribunal Constitucional de Bolivia, Rivera afirmaba: “la adopción del nuevo modelo de control de constitucionalidad en Bolivia, y la consiguiente implementación del Tribunal Constitucional, ha dado lugar a una verdadera revolución jurídica reflejada en: a) el desarrollo creciente del Derecho Constitucional para lograr el fortalecimiento del Sistema Constitucional boliviano; b) un gradual desarrollo del Derecho Judicial o Derecho Jurisprudencial como alternativa a la vieja Escuela del Derecho Legislado; y c) el desarrollo de nuevas disciplinas jurídicas como el Derecho Procesal Constitucional, el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En realidad se ha generado un extraordinario proceso de construcción del nuevo Estado Social, Democrático y Constitucional. En el orden jurídico – político Bolivia ya no es el Estado antes de la implementación de la jurisdicción constitucional especializada, pues ha cambiado considerablemente. Ese proceso de cambio ha tenido como uno de sus protagonistas, sin que sea el único, al Tribunal Constitucional” (Rivera 2004: 129-130). Lamentablemente, problemas políticos posteriores llevaron al Tribunal a una situación completamente diferente, aunque se espera un cambio importante cuando empieza a funcionar el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional, establecido mediante la Constitución del 2009.

Dado que el derecho al medio ambiente es un derecho respecto del cual existen muchos intereses en conflictos, en particular respecto a su relación con diversas actividades económicas, resulta importante analizar el comportamiento de los magistrados que conocen este tipo de controversias, a efectos de evaluar si es posible identificar la existencia de decisiones basadas principalmente en orientaciones políticas (sea a favor o en contra del derecho que se busca proteger) o en razonamientos que se sustenten en la Constitución como norma jurídica.

3.4.2.2 El Tribunal Constitucional en el Perú

Si bien la Constitución de 1979 incorporó la institución del Tribunal en nuestro ordenamiento jurídico, bajo la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), su funcionamiento -desde que quedó constituido en noviembre de 1982 hasta su autoritario cierre el 5 de abril de 1992- dejó mucho que desear, en parte por las limitadas competencias que tuvo en materia de procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus, pues actuaba como una instancia de casación. De conformidad con el artículo 298°, inciso 2°, de la Constitución de 1979, el Tribunal tenía competencia para “conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial”.

El TGC desapareció sin “desarrollar una jurisprudencia constitucionalmente moderna y sustentable, que lograra controlar a los poderes públicos y obtuviera legitimidad social ante la ciudadanía” (Landa 2007:168). En este sentido se ha señalado:

[...] si bien fue mayor el número de recursos de casación interpuestos contras las resoluciones denegatorias de hábeas corpus y amparo dictadas por el Poder Judicial,

desde un punto de vista cualitativo las decisiones adoptadas [por el TGC] –en términos generales- no fueron plenamente satisfactorias.

Aunque se dictaron algunos fallos importantes, la función casatoria del TGC no alcanzó un desarrollo importante. Al respecto, podemos recordar que aproximadamente en el 10% de casos, este órgano de control no pudo alcanzar los votos necesarios para dictar sentencia. El panorama se complicaba más, pues por lo general, los magistrados designados por la Corte Suprema se mostraban renuentes a casar las resoluciones dictadas por dicho órgano, pensando posiblemente en una futura reelección (Abad 2004:81-82).

En un análisis realizado casi un año antes de su clausura, se señalaba:

Una evaluación objetiva de la tarea desplegada por el TGC en sus ocho años de funcionamiento, arroja sin duda un balance más bien desfavorable sobre su gestión. No es exagerado afirmar que muchas de las expectativas que se cifraron en el tribunal han quedado defraudadas y que los males que se quisieron corregir con su creación no han sido significativamente superados.

Sustentan esta afirmación, por lo demás ampliamente compartida en la comunidad jurídica nacional, el reducidísimo número de (demandas) de inconstitucionalidad y de hábeas corpus que ha conocido el TGC, así como los escasos aportes de su jurisprudencia en estos campos. Si bien su labor mejora al tratarse del amparo, ello no altera el sentido global de la evaluación desaprobatoria. (Eguiguren 1991: 53-54)

Mediante el Decreto Ley N° 25418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, publicado el 6 de abril de 1992, se estableció la reorganización del TGC. En concordancia con ello, a través del Decreto Ley N° 25422, publicado el 9 de abril del mismo año, se cesó a todos sus magistrados. Luego de esta clausura, pasaron más de cuatro años sin que exista un órgano de control constitucional.

La intención del gobierno del ex presidente Fujimori por debilitar la justicia constitucional en el país también se vio reflejada en el hecho que durante el debate que dio origen a la Constitución de 1993 se planteó la posibilidad de dejar de lado la institución del Tribunal Constitucional, y otorgar sus competencia a una Sala Constitucional de la Corte Suprema. Durante el debate respectivo esta propuesta no fue acogida.

Si bien la Constitución de 1993 mantuvo la institución, bajo la denominación de Tribunal Constitucional, recién en 1995 fue aprobada su nueva ley orgánica y entre abril y mayo de 1996 fueron designados sus integrantes. El 24 de junio de 1996 el nuevo Tribunal Constitucional inició sus actividades. Sin embargo, el gobierno de turno no permitió que este órgano de control constitucional actuara con independencia. Como consecuencia de la sentencia sobre la ley de reelección presidencial, mediante la cual tres magistrados votaron por declararla inaplicable al ex presidente Fujimori, el Congreso inició un proceso de acusación constitucional que culminó con la destitución, en mayo de 1997, de quienes suscribieron este valiente fallo: Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano. El primero de ellos sintetizó los problemas de esta etapa del nuevo Tribunal de la siguiente manera:

Los problemas del Tribunal Constitucional comenzaron con una ley defectuosa (hecha a la medida para impedir el cumplimiento de su principal función, y, antes bien, para invertirla y desnaturalizarla); y continuaron, a) por un inadecuado sistema de elección de sus miembros (utilizado por la mayoría oficialista para introducir a jueces “amigos”); y b) para abreviar, por el nombramiento de algunos magistrados no sólo políticamente identificados con el régimen, sino también probadamente “dóciles” –por decir lo menos- y, además, poco idóneos para el cargo, desde el punto de vista profesional y técnico.

Los factores indicados, unidos al indeclinable afán continuista del actual régimen, a la obsesión reeleccionista de su presidente, y a la nefasta gravitación que semejante contexto –especialmente aquella obsesión– ha tenido en la marcha del Tribunal Constitucional, han culminado –en una primera etapa, por lo menos– en la inconstitucional y prepotente “destitución” de tres magistrados que no se doblegaron ante las presiones (...). (Aguirre Roca 1997: 117-118)

Desde esta arbitraria destitución y hasta la vergonzosa renuncia-fuga del ex presidente Fujimori, a finales del 2000, el Tribunal funcionó únicamente con cuatro magistrados, sin dictar pronunciamientos de trascendencia a favor de los derechos fundamentales.

Con el retorno a la democracia a finales del año 2000, la reincorporación de los tres magistrados arbitrariamente destituidos en 1997 y la elección en el 2002 de cuatro nuevos integrantes, el Tribunal dio un giro sorprendente. Por primera vez, el Perú contaba con un órgano jurisdiccional cuyas sentencias contenían un análisis sustantivo sobre los derechos fundamentales y la Constitución, algo inédito en nuestro país. Se puede afirmar hoy en día que el Perú contó, en el período 2002-2005, con un auténtico intérprete de la Constitución, cuyas decisiones podrán ser en la mayoría de casos polémicas y discutibles, lo cual es inevitable, pero que no dejan duda sobre la aplicación de importantes argumentos jurídicos para sustentar una decisión. En relación a este período se ha señalado:

El [Tribunal] ha tomado posición acerca de los problemas jurídicos y sociales de gran trascendencia en los últimos años en el escenario nacional, ha sabido construir pistas en donde no había salida; colocando la linterna donde había oscuridad. Sin embargo, tal como ocurrió con los jueces y fiscales de *mani puliti* [manos limpias], un exceso de exposición en medios y, tal vez, una necesidad irrefrenable de protagonizar todas las incidencias de repercusión nacional, estén o no en su ámbito de actuación, han

determinado que en los últimos meses algunas de sus decisiones y de sus métodos para obtenerlos resulten seriamente discutibles.

El dato que nos muestra la realidad es que el [Tribunal] ha aumentado su importancia social y política a una velocidad de vértigo, tanto que muy bien podría ser este ritmo el que le esté impidiendo apreciar con prudencia y humildad su perspectiva histórica. Esta situación, por otro lado, tal vez explique por qué está queriendo ejercer más poder del que le corresponde. Siendo una crisis de crecimiento es, para establecer un paralelismo biológico, una crisis de adolescencia, situación que puede ser la razón por la que, en muchas de sus sentencias [...] pareciera que los jueces del TC, o sus asesores, saben más de lo que comprenden. (Monroy Gálvez 2008: 158-159)

En materia de procesos constitucionales, el Tribunal continuó aplicando la Ley N° 23506, precisando sus alcances dentro de los límites que esta norma ofrecía, sin ir más allá de su contenido. Se puede afirmar que el Tribunal buscó ser esencialmente pedagógico, a fin de ilustrar a los operadores jurídicos sobre los aspectos centrales de los procesos constitucionales. La oportunidad para un desarrollo más amplio de las instituciones procesales se daría sólo a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional en el año 2004.

En efecto, el Tribunal Constitucional asumió un papel bastante activo en materia de interpretación de las nuevas disposiciones contenidas en el Código. En algunos casos, esa interpretación ha servido para delimitar el ámbito de protección del proceso de amparo, llevándolo hasta extremos que no quedan del todo claros; mientras que en otros ha servido para liberar a la institución de una importante carga procesal.

Sobre lo primero se pueden mencionar como referencia las sentencias del Tribunal por medio de las cuales ha establecido que el proceso de amparo contra resoluciones judiciales procede, no sólo para proteger la tutela de los derechos fundamentales de

índole procesal (como lo señala el artículo 4° del Código) sino también cualquier otro derecho fundamental. Asimismo, se puede hacer mención a la interpretación del Tribunal conforme a la cual sí procede dar inicio a un proceso de amparo contra otro amparo, cuando el texto literal del Código (artículo 5° inciso 5°) señala en forma expresa lo contrario. A ello pueden agregarse decisiones en donde el Tribunal ha justificado la posibilidad de cuestionar a través del amparo un laudo arbitral, si se considera que el mismo afecta derechos fundamentales, tendencia jurisprudencial posteriormente revocada.

Sobre lo segundo, se debe hacer referencia a la aplicación por parte del Tribunal de los alcances del artículo 5°, incisos 1° y 2°, del Código, que establecen dos causales de improcedencia de los procesos constitucionales. El inciso 1° establece que no proceden tales procesos cuando la demanda respectiva no está relacionada con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, supuesto que ha sido empleado por el Tribunal para dejar de conocer un número importante de demandas sobre derechos previsionales. Por su parte, la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el artículo 5°, inciso 2°, sobre la no procedencia del amparo cuando exista otra vía procesal específica igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales, ha servido para que el Tribunal deje de conocer un número importante de demandas en materia laboral, especialmente casos relacionados con el despido de trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública.

El uso de las mencionadas causales de improcedencia por parte del Tribunal, y la jurisprudencia emitida al respecto, no ha dado lugar a una mejor protección judicial de los derechos fundamentales, pues su efecto inmediato ha sido sólo una reducción

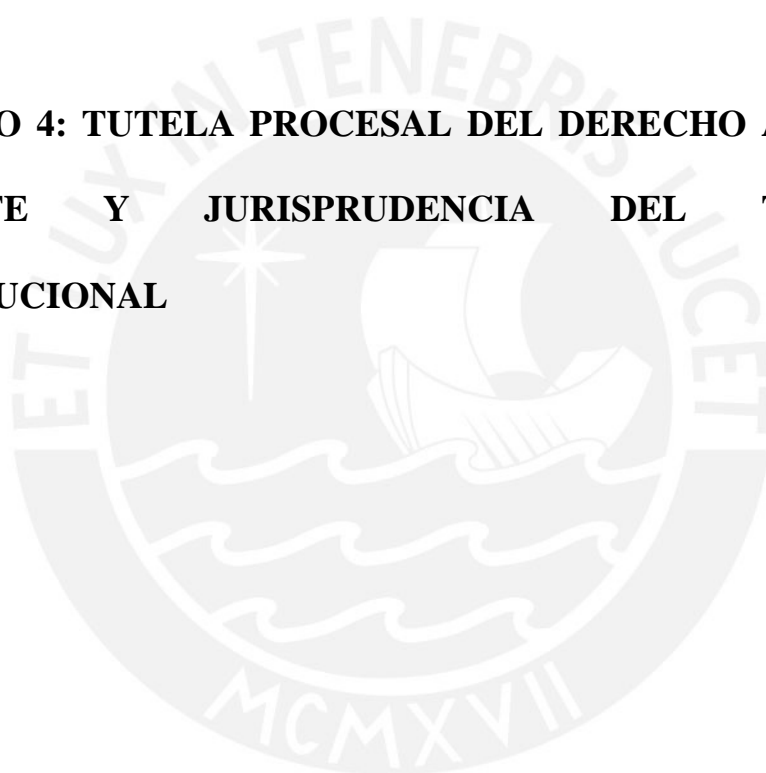
considerable del número de casos que conoce el Tribunal Constitucional. Esto no significa que esas demandas hayan desaparecido, sino que ha implicado que las mismas sean conocidas por otros órganos jurisdiccionales, especialmente por los juzgados contencioso-administrativos y por los juzgados especializados en materia laboral. Precisamente, con relación a la disminución de la carga procesal del Tribunal Constitucional las siguientes cifras son bastante evidentes:

Año	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Expedientes ingresados	3,699	7,589	7,732	4,696	5,524	4,642	3,139	4,233

Fuente: Tribunal Constitucional, Memoria 2011, p.135.

Si bien desde el año 2002 el Tribunal Constitucional ha tenido un papel activo en el desarrollo de las instituciones procesales, no puede dejarse de mencionar que a partir del año 2008, diversos problemas internos dieron lugar a una disminución de la calidad de los fallos del Tribunal. Tal situación se evidencia principalmente en la revocatoria de precedentes vinculantes (algo realmente inédito) o en el hecho que las decisiones del Tribunal sean una reiteración de la jurisprudencia anteriormente emitida. A nuestra consideración, la disminución de la calidad de las resoluciones se aprecia principalmente cuando, ante casos de especial importancia para la defensa de derechos como el medio ambiente, el uso de las instituciones procesales no ha estado orientada a la tutela del derecho invocado, sino a dar respuestas carentes de la fuerza necesaria para alcanzar ese fin.

**CAPÍTULO 4: TUTELA PROCESAL DEL DERECHO AL MEDIO
AMBIENTE Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**



En este capítulo se analizan sentencias del Tribunal Constitucional peruano sobre la protección del derecho al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo, a fin de identificar problemas concretos de índole procesal. El análisis a realizar se centrará en la forma en que el Tribunal ha resuelto los aspectos procesales relacionados con los casos que han llegado a su conocimiento. Desde esta perspectiva, se identificarán datos de relevancia vinculados a los temas desarrollados en los capítulos anteriores de la tesis, relacionados con la protección judicial de derechos fundamentales y los aspectos centrales del proceso de amparo. Esta revisión de la jurisprudencia del Tribunal permitirá identificar si en el caso peruano las instituciones procesales del amparo son empleadas adecuadamente para la tutela procesal del derecho al medio ambiente.

Antes de iniciar el análisis, es apropiado recordar que no es fácil encontrar trabajos de investigación sobre las tendencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional respecto a instituciones jurídicas específicas, dado que por lo general los estudios sobre la jurisprudencia emitida por este órgano se limitan a un caso en particular, y no al análisis global de un conjunto de casos sobre un tema determinado. Por ello, nos parece importante hacer mención a la síntesis que sobre la jurisprudencia del Tribunal ha sido elaborada por Carreño Peralta (2009: 139-144), para quien este órgano ha precisado los siguientes aspectos sobre el derecho al medio ambiente:

- Prevalencia de los derechos de tercera generación.
- Precisión sobre la característica del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida como un derecho subjetivo y un interés difuso justiciable.

- Precisión sobre los alcances del derecho al medio ambiente.
- Precisión sobre la relación entre los alcances del derecho al ambiente adecuado y el desarrollo de la vida humana.
- Precisión sobre los alcances de este derecho, que abarca a los derechos reaccionales como prestaciones.
- Fortalecimiento y confirmación de la vigencia y validez del principio de prevención y del principio precautorio.

Se trata de una aproximación general al desarrollo jurisprudencial sobre la materia, pero que resulta apropiado mencionarla de forma previa a nuestro análisis sobre temas específicos relacionados con la tutela procesal del derecho al medio ambiente, a fin de contar con una aproximación a lo que el Tribunal ha venido señalando sobre este derecho en su jurisprudencia.

Finalmente, corresponde indicar que para el análisis de la jurisprudencia se seguirá un orden cronológico, que permitirá luego hacer una evaluación global de la forma en que estos casos han venido siendo resueltos, identificando los respectivos avances o retrocesos desde un punto de vista procesal.

4.1 Caso Salomón Linares Cornejo (STC 221-97-AA) - 1998¹⁴⁹

Este fue el primer caso que llegó a conocimiento del Tribunal en donde el demandante, un particular, cuestionaba una serie de actividades que se realizaban en la ciudad de

¹⁴⁹ La sentencia fue publicada el 6 de enero de 1998 y expedida por el Pleno del Tribunal, conformado únicamente por los magistrados Acosta Sánchez, Nugent, Díaz Valverde y García Marcelo, debido a que los otros tres magistrados habían sido arbitrariamente destituidos en mayo de 1997.

Arequipa y que consideraba lesivas de sus derechos fundamentales, entre ellos, al medio ambiente. En la síntesis de la demanda que aparece en la sentencia del Tribunal se señala lo siguiente:

Don José Salomón Linares Cornejo interpone acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Arequipa, representada por su Alcalde don Roger Cáceres Pérez, con el propósito que se disponga que este Gobierno Local suspenda todo tipo de celebración en el centro de la ciudad de Arequipa, que entrañe causar daños a la propiedad y las personas, suspenda igualmente todo tipo de tráfico pesado por "Arequipa cuadrada", cancele cualquier licencia de transporte por el centro de la ciudad y erradique todos los centros nocturnos que existen en "Arequipa cuadrada" y los locales que expenden bebidas alcohólicas adulteradas.

Manifiesta el accionante que es vecino de la Calle Bolívar N° 319 de la ciudad de Arequipa; que cada 14 de agosto –fecha en que se celebra la verbena de la ciudad- él, sus familiares y vecinos son víctimas de actos de inmoralidad y vandalismo, producto del alcoholismo; que, el transporte pesado provoca graves daños al medio ambiente local, a la salud de los pobladores y está socavando las estructuras de las antiguas casonas de la ciudad de Arequipa, con el riesgo que desaparezcan estos monumentos arquitectónicos; agrega que la circulación de vehículos de transporte público y de carga por las calles céntricas de esta ciudad pone en peligro la vida de cientos de escolares que estudian en centros educativos de las Calles Puente Grau, Bolívar y Sucre.

En el Poder Judicial la demanda fue declarada improcedente, por considerarse que el petitorio resultaba oscuro y ambiguo y que a través del amparo se cuestionaban materias que no correspondían ser analizadas en esta vía procesal. El Tribunal Constitucional siguió una línea similar, aunque con diferente argumento, pues declaró improcedente la demanda por considerar que el demandante “no ha acreditado haber ejercido previamente su derecho de petición ante la autoridad administrativa; máxime [si] las Municipalidades gozan de autonomía para establecer pautas respecto al tránsito, espectáculos y otorgamiento de licencias, por lo que el Juez no puede suplir a dicha autoridad en el ejercicio de sus atribuciones” (fundamento jurídico N° 3).

A pesar de esta respuesta, el caso resulta interesante por el hecho que el Tribunal plantea la particularidad que presentan los procesos constitucionales en materia de defensa del derecho al medio ambiente. En este sentido señaló:

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

Reiteramos que la mención a este caso es meramente referencial, pues pasarán bastantes años hasta que el Tribunal emita pronunciamientos sustantivos sobre el tema de nuestra investigación y en donde se pueda apreciar un análisis y uso práctico de los instrumentos procesales del amparo para la defensa del medio ambiente. Sin embargo, este fallo refleja una primera orientación respecto a la resolución de controversias en materia ambiental como si de un problema de carácter administrativo se tratara.

4.2 Caso Cruz del Sur (STC 1202-99-AA) - 2001¹⁵⁰

La mención a este caso se justifica por el hecho de constituir también una de las primeras controversias resueltas por el Tribunal Constitucional relacionadas con la

¹⁵⁰ La sentencia fue publicada el 3 de agosto del 2001 y expedida por el Pleno del Tribunal, conformado por los magistrados Rey Terry, Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez, Revoredo Marsano y García Marcelo.

protección del derecho al medio ambiente, aunque esta materia en sí no mereció mayor análisis. Fue resuelta por el Tribunal recompuesto luego de la renuncia del ex presidente Fujimori.

En este caso, la demanda de amparo fue presentada contra una ordenanza municipal que prohibía el paso por el centro histórico del Cusco de vehículos con un peso mayor a 6,000 kgs. Se trataba, en consecuencia, de un amparo contra normas legales. Hasta el año del pronunciamiento del Tribunal, 2001, su doctrina jurisprudencial sobre este tema se limitaba a admitir este tipo de demandas, pero sin haber emitido mayores pronunciamientos sobre el fondo.

El demandante era una persona jurídica. Nos referimos a una conocida empresa dedicada al servicio de transporte interprovincial (empresa Cruz del Sur). La parte demandada era la Municipalidad Provincial del Cusco, es decir, una entidad pública.

El derecho invocado como lesivo era la libertad de empresa y el acto lesivo lo constituía la ordenanza emitida por la municipalidad, que prohibía la circulación por el centro histórico de buses interprovinciales con determinadas características. Para la empresa demandante, la prohibición impedía el acceso de sus vehículos de transporte interprovincial de pasajeros a los terminales terrestres y sus oficinas. Se alegaba, asimismo, que ese tipo de medida era competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y no de la municipalidad. La demanda tenía por objetivo que se inaplique la ordenanza impugnada, en consecuencia, que los buses de la empresa puedan circular por el centro histórico del Cusco sin restricciones.

A nuestra consideración el caso debió ser resuelto de la siguiente manera. En la parte correspondiente al juicio de procedibilidad debió analizarse si la norma era autoaplicativa, por tratarse de una demanda de amparo contra normas legales. En caso afirmativo, se debía pasar al juicio de fondo y analizar si el acto lesivo afectaba el derecho invocado (al tratarse de una medida que prohibía una actividad, correspondía aplicar la teoría de resolución de casos sobre restricciones a los derechos fundamentales). Sin embargo, el Tribunal no hizo lo uno ni lo otro.

En efecto, los argumentos del Tribunal sobre el caso concreto se centraron en los siguientes aspectos: a) la ordenanza fue dictada por el municipio sobre la base de un estudio técnico (acto debidamente sustentado); b) se identificó un conflicto, pero entre el procedimiento preestablecido en la ley y la protección del derecho a la salud y al medio ambiente, determinando que deben prevalecer los últimos en razón “a su superioridad”; y, c) la municipalidad demandada dictó la norma impugnada dentro del ámbito de sus competencias.

Sin duda, la generalidad de los argumentos es lo que más llama la atención, siendo el segundo de los puntos el que especial atención merece, pues allí se concentra el poco análisis constitucional presente en la sentencia, aparte de la referencia a la supremacía o prevalencia del derecho al medio ambiente:

4. Que, en cuanto a lo que establece el Decreto Legislativo N.º 776; Ley de Tributación Municipal, en el sentido de que el cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia dentro de los primeros cinco años de producido dicho cambio, debe tenerse en cuenta, que si bien en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales, todos de igual importancia, hay circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de otros, atendiendo a finalidades

superiores del ordenamiento constitucional. Bajo esta perspectiva, si el respeto al procedimiento preestablecido en la ley supone menoscabar el derecho a la salud de las personas y a su medio ambiente convirtiéndolo en irreparable por el hecho de que debe cumplirse previamente otro derecho, es evidente que se hace necesario hacer prevalecer el segundo de ellos, por estar conectado con el principio de protección al ser humano, contenido además en el artículo 1° de la Constitución Política del Estado, en virtud del cual la defensa de la persona humana, y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y sin cuya vigencia carecerían de sentido todos los derechos constitucionales.

En cuanto a los plazos se debe señalar que la presentación de la demanda se produjo el 31 de marzo de 1999, la resolución de primer grado –que declaró improcedente la demanda- el 15 de junio de 1999, la resolución de segundo grado –que confirmó la improcedencia- el 28 de setiembre de 1999. Finalmente, la sentencia del Tribunal por medio de la cual se declaró infundada la demanda fue emitida el 22 de enero del 2000 y publicada en agosto del año siguiente (2001). En consecuencia, este amparo contra una norma legal tuvo una duración de dos años y tres meses.

4.3 Caso SERPAR (STC 705-2002-AA) - 2003¹⁵¹

Esta decisión fue resulta por el Tribunal con los nuevos magistrados elegidos en el año 2002, el cual se caracterizó por emitir, en el período 2002-2004, decisiones de suma importancia en materia de interpretación constitucional y derechos fundamentales. Se trató, asimismo, de un Tribunal que empezó a perfilar nuevos derroteros en materia procesal constitucional.

¹⁵¹ La sentencia fue publicada el 24 de marzo del 2003 y expedida por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Revoredo Marsano, Bardelli Lartirigoyen y García Toma.

En este caso, los demandantes fueron particulares que vivían en un condominio, quienes presentaron el amparo contra la entidad estatal Serpar (Servicios de Parques de Lima) y la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco. A través del amparo se cuestionaba la decisión de la parte demandada (SERPAR) de vender un terreno destinado a parques y áreas verdes en un Condominio. Asimismo, se cuestionaba que la Municipalidad demandada no haya hecho nada al respecto. Aquí se aprecia una situación que con el tiempo empezará a ser más frecuente, cual es la presentación de amparos respecto a diversos actos lesivos, incluyendo la omisión en la realización de actos de protección preventiva de derechos.

Los demandantes invocaron como afectados diversos derechos fundamentales (práctica muy frecuente en las demandas de amparo). Sin embargo, el Tribunal procedió a precisar que la controversia no podía girar en torno a los derechos a la propiedad, intimidad y tranquilidad. En este sentido, precisó que el caso se relacionaba con el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

En cuanto al acto lesivo invocado, los demandantes señalaban que se habían puesto a la venta terrenos destinados a parques y jardines. Dado que dicha venta no se había concretado, puede deducirse que se estaba ante una amenaza. Asimismo, se estaba ante una omisión pues el municipio demandando no habría hecho nada respecto a la decisión de vender los terrenos.

A nuestra consideración, el caso debió ser resuelto de la siguiente manera. En cuanto al juicio de procedibilidad, correspondía analizar si la amenaza era cierta e inminente, y si la omisión se relacionaba con el cumplimiento de un acto obligatorio. En el análisis de

fondo, correspondía evaluar si el acto de vender un terreno dedicado a parques y jardines implicaba afectar el derecho invocado.

Sin embargo, el Tribunal no analizó si la amenaza era cierta e inminente, ni si la omisión correspondía a un mandato de cumplimiento obligatorio. En cuanto al fondo de la controversia se limitó a señalar que “SERPAR está disponiendo de su propiedad en los términos que la ley le autoriza, sin que ello suponga afectación alguna del derecho de los recurrentes a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida”. El siguiente extracto de la sentencia demuestra que el análisis del Tribunal estuvo muy lejos de ser considerado como propio de un órgano constitucional y más bien cercano a una decisión de índole administrativa:

2. Merece sí un análisis la alegación hecha por los recurrentes en torno a una eventual amenaza al derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida. Y es que la existencia de áreas verdes y zonas recreacionales son factores que, indudablemente, colaboran con la plena realización de ese derecho. En concordancia con tal propósito, los propietarios o titulares de predios o áreas rústicas sujetas a procesos de habilitación urbana están en la obligación de destinar un área específica de la urbanización para recreación pública, entendiéndose comprendidas en ella las zonas para la construcción de parques. Conforme se aprecia en el Plano N.º 099-82-MLM-6455, a fojas 89, durante el proceso de habilitación urbana de la urbanización Las Colinas de Monterrico, lugar en donde está ubicado el Condominio Casuarinas, se destinó un área de 2,544.68 m² para recreación pública. No obstante, en el mismo plano se observa que los lotes 2, 3, 6 y 7 de la Mz. A fueron cedidos como aporte reglamentario a SERPAR. En efecto, tal como se aprecia en las partidas electrónicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, de fojas 82 a 88, los referidos lotes son propiedad de esta institución. Ello como es lógico, no implica que SERPAR deba, indefectiblemente, construir parques en estos; lo que ello supone es que los lotes pasaron a formar parte del patrimonio de la institución para la construcción, mantenimiento y administración de los parques de Lima. En procura de facilitar a SERPAR dicha labor, el inciso e) del artículo 2.º del Decreto Ley N.º 18898 y el

artículo 7.º de la Ordenanza Municipal N.º 292, le autorizan a vender en subasta pública los aportes en terreno que haya recibido durante un proceso de habilitación urbana.

En cuanto a los plazos, la demanda fue presentada el 8 de noviembre de 2000, siendo resuelta en primer grado el 30 de noviembre del 2000 (declarándose fundada la demanda); mientras que la sentencia de segundo grado – que revoca la decisión y declara infundada la demanda- fue emitida el 11 de setiembre de 2001. El fallo del Tribunal Constitucional fue emitido el 4 de diciembre del 2002 y publicado en marzo del 2003. A través del mismo se declaró infundada la demanda. La duración total del proceso fue de dos años y cuatro meses aproximadamente.

4.4 Caso Sociedad Minera y Yanacocha (STC 769-2002-AA y otra) - 2003¹⁵²

Este caso es de particular importancia pues se trata de una de las primeras demandas presentada por empresas mineras y que se dirigió contra una medida adoptada por una entidad estatal con la finalidad de proteger el medio ambiente.

Los demandantes fueron la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Chaupiloma Dos de Cajamarca y la Minera Yanacocha S.R.L. La entidad demandada fue la municipalidad provincial de Hualgayoc-Bambamarca, ubicada aproximadamente a 117 Km. al norte de Cajamarca, una importante zona minera del país. El objetivo de la demanda era cuestionar la ordenanza municipal por medio de la cual se declaró como zona reservada y protegida la microcuenca del río Llaucano en el ámbito territorial de la provincia de Hualgayoc.

¹⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional publicada el 26 de agosto del 2003 y expedida por la Sala Segunda, conformada por los magistrados Rey Terry, Revoredo Marsano y García Toma.

En este caso, las empresas demandantes invocaron la afectación de diversos derechos fundamentales, como la propiedad y la libertad de trabajo. Al ser el acto lesivo la expedición de una ordenanza municipal, el caso resultaba siendo una demanda contra una norma legal. En este sentido, era objetivo de los demandantes que se inaplique la ordenanza respecto a ellos, aunque no queda en claro cómo podría ser inaplicada una norma que declara una determinada zona como protegida.

A nuestra consideración, el caso debió ser resuelto de la siguiente forma. En cuanto al juicio de procedibilidad correspondía analizar si la norma impugnada era autoaplicativa. En el análisis de fondo, si la declaración de una zona como área protegida afectaba los derechos invocados.

Al resolver el caso, el Tribunal determinó que la norma que se cuestionaba era autoaplicativa, aplicando criterios que forman parte de la línea argumentativa que suele emplear en casos similares de amparos contra normas legales:

2. [...] en el caso de autos, resulta evidente el cuestionamiento a los alcances de una norma de naturaleza autoaplicativa, motivo por el que, por principio, no cabe invocar una presunta causal de improcedencia sustentada en el inciso 2), párrafo segundo, del artículo 200° de la Constitución Política del Perú. Esta consideración, por lo demás, se sustenta en que la Ordenanza cuestionada, particularmente en sus artículos cuarto y sexto, establece un régimen de obligaciones y prerrogativas que no necesita por sí mismo de ningún acto concreto de aplicación, sino que inobjetablemente opera, de forma automática, desde el instante mismo en que se acepta el establecimiento de una zona reservada y protegida a cuyos condiciones se sujetan las recurrentes. Por consiguiente y al ser ésta la situación jurídica de la demandada frente a las demandantes, no opera la prohibición de procedencia del amparo contra normas, sino su habilitación, a fin de determinar si, en efecto, existe o no vulneración de los derechos

invocados, criterio que por lo demás resulta compatible con jurisprudencia precedente emitida por este Colegiado.

Con este argumento, el Tribunal validó que las ordenanzas que establecen una zona reservada con fines de protección ambiental, así como medidas orientadas para garantizar esta medida, deben ser calificadas como normas autoaplicativas. Se trató del aspecto más significativo de este proceso.

Sobre el fondo del asunto, el Tribunal consideró que la ordenanza de la municipalidad no guardaba relación alguna con el ejercicio de los derechos invocados en la demanda. Por esta razón, la declaró infundada.

En cuanto a la duración del proceso se debe mencionar que la demanda respectiva fue presentada el 30 de mayo del 2001. La sentencia de primer grado declaró improcedente la demanda con fecha 12 de noviembre del 2001 y la de segundo grado confirmó la improcedencia el 31 de enero del 2002. La sentencia del Tribunal Constitucional fue expedida el 30 de enero del 2003 y publicada en agosto del mismo año. En consecuencia, este caso tuvo una duración mayor a los dos años.

4.5 Caso Cerro Quilish (STC 300-2002-PA) - 2003¹⁵³

Este caso es muy similar al anterior, también dirigido a cuestionar una ordenanza municipal que buscaba la protección del medio ambiente. La demanda respectiva fue presentada por la Minera Yanacocha S.R.L y otras empresas similares contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca, a fin que se declare inaplicable la Ordenanza

¹⁵³ La sentencia fue publicada el 6 de junio del 2003 y resuelta por la Sala Segunda, compuesta por los magistrados Alva Orlandini, Revoredo Marsano y García Toma.

Municipal N.º 012-2000-CMPC, que declaró el cerro Quilish y las microcuencas de los ríos Quilish, Porcón y Grande como Zona Reservada Protegida Municipal Provincial. En dicha zona los demandantes llevaban a cabo actividades de exploración de recursos minerales.

Los fundamentos que el Tribunal expone son similares al caso anterior. En este sentido, luego de afirmar que se trata de un amparo contra normas legales, precisa que la norma aprobada por la municipalidad no se relaciona con la actividad que desarrollan las partes demandantes. La importancia de esta controversia, en particular de la decisión respecto a una de las empresas mineras más importantes del país, justifica hacer referencia a los argumentos centrales empleados para declarar infundada la demanda:

9. En el caso específico de Minera Yanacocha S.R.L., que alega ser, además, propietaria de diversos predios superficiales a las concesiones mineras de las que es titular, es necesario tener en cuenta que si bien es cierto que el artículo 70º de la Constitución establece que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza, también lo es que debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. Ahora bien, según se aprecia del tenor de la norma cuestionada ésta no viola derecho de propiedad alguno ni tampoco impide su ejercicio conforme a ley.

10. En consecuencia, no se advierte que en la Ordenanza Municipal N.º 012-2000-CMPC, ni tampoco en el Oficio N.º 641-2000-A-MPC, de fojas 106 del expediente N.º 302-2002-AA/TC, dirigido sólo a Minera Yanacocha S.R.L., exista algún tipo de suspensión o limitación de su derecho como concesionaria de los yacimientos mineros en los que viene realizando sus actividades exploratorias, hecho que, además, no podría ocurrir en virtud no sólo de lo dispuesto en el artículo 103º de la Constitución, que consagra que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo, sino también de acuerdo con lo estipulado en el artículo 54º, segundo párrafo, del Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y en el artículo 47º del Decreto Legislativo N.º 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, que señalan que el establecimiento de

áreas naturales protegidas no tiene efectos retroactivos ni afecta los derechos adquiridos con anterioridad a la creación de las mismas.

Tanto en este caso como en el anterior se puede apreciar una clara orientación del Tribunal Constitucional por examinar las controversias con un enfoque que armoniza las competencias de los gobiernos locales con los derechos de las empresas mineras. No se aprecia en los argumentos alguna premisa que permita afirmar una posición a favor de una u otra parte, sino una clara delimitación de lo que se alegaba como una violación de derechos fundamentales, a efectos de concluir que la misma no se llegaba a concretar.

Del mismo modo, ambos casos permiten realizar una reflexión complementaria. Nos referimos al hecho que en la relación procesal existía de un lado importantes empresas mineras, mientras que en la otra parte estaban municipalidades provinciales, de lo cual es posible deducir que mientras las primeras contaron con una importante asesoría jurídica, las municipalidades se limitaron a contar con la defensa propia a cargo de sus procuradores o de instituciones dedicadas a la defensa del medio ambiente. Las sentencias del Tribunal reflejan que los casos estuvieron mal planteados por los demandantes, situación que incluso podría ser calificada como actitud temeraria. A partir de estos fallos del Tribunal quedó establecido que las empresas mineras no podían acudir al proceso de amparo para cuestionar las normas expedidas por una municipalidad sustentadas en la protección del ambiente. Sin embargo, una posición diferente será asumida por el Tribunal cuando empiece a pronunciarse sobre las mismas ordenanzas, pero a propósito de demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Poder Ejecutivo contra normas con similar contenido..

En cuanto a los plazos, la demanda respectiva fue presentada el 8 de enero del 2001. Lamentablemente no se precisan las fechas en que se emitieron las sentencias de primer y segundo grado, que declararon improcedentes las demandas. El único dato que se puede deducir es que el expediente subió a conocimiento del Tribunal en el año 2002 (dado que el número del expediente es el 0300-2002-PA) y que la fecha de la sentencia es 7 de abril del 2003, siendo publicada en junio del mismo año. En consecuencia, este caso tuvo una duración mayor a dos años.

4.6 Caso Depósitos Químicos Mineros (SETC 921-2003-AA) - 2003¹⁵⁴

A partir de esta decisión presentaremos los aspectos más importantes del caso a través de diversas secciones. Ello obedece a que se ingresa a una etapa en que los pronunciamientos del Tribunal empezaron a desarrollar con mayor detalle aspectos de importancia relacionados con la protección del derecho al medio ambiente.

a) Demandante y derechos invocados

La demanda fue interpuesta por cuatro pobladores de la urbanización Chacaritas de la Provincia Constitucional del Callao e invocaron la protección de sus derechos a la salud, a la vida y a un medio ambiente equilibrado y adecuado. En su demanda indicaron que la mencionada urbanización cuenta con 80,000 habitantes, por lo que se trataba de un proceso en el cual el número de beneficiarios resultaba identificable, al menos en cuanto al número.

¹⁵⁴ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional publicada el 10 de noviembre del 2003 y suscrita por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma.

b) Demandado y acto lesivo

La demanda fue interpuesta contra una empresa, tres ministerios y un gobierno local, con la finalidad que se ordene:

- Cesar la amenaza sobre los derechos constitucionales, dejándose sin efecto la Resolución Directoral N.º 058-2001-MTC/15.15, del 24 de abril de 2001, que autorizaba la construcción de un sistema de carga y descarga en favor de la demandada Depósitos Químicos Mineros S.A.
- Impedir a la citada empresa la construcción del almacén y sistema de carga y descarga.
- Dejar sin efecto la licencia de construcción otorgada por la Municipalidad Provincial del Callao para el citado depósito y almacén.
- Ordenar a la misma municipalidad abstenerse de emitir resolución que autorice el funcionamiento del referido depósito.
- Dejar sin efecto la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental dada por el Ministerio de Industrias.
- Dejar sin efecto la opinión técnica favorable emitida por el Ministerio de Energía y Minas para la construcción de la planta respectiva.

De la revisión de este petitorio se puede deducir que los actos lesivos eran diversos, siendo el principal la autorización dada para la construcción de un sistema de carga y descarga en favor de la empresa demandada Depósitos Químicos Mineros S.A, razón por la cual se invocan también como actos lesivos acciones previas adoptadas por diferentes entidades estatales que permitieron dar lugar a dicha autorización.

c) Decisiones del Poder Judicial

En primera instancia se declararon fundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar pasiva deducidas por el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, así como las excepciones de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa, deducidas por el Ministerio de Transportes, Vivienda y Construcción. Junto a ello, la demanda fue declarada improcedente por considerarse que los hechos materia de controversia requerían un mayor debate, no siendo la vía del amparo la idónea para ello. En segunda instancia se confirmó la decisión por los mismos fundamentos.

Estas respuestas reflejan el problema que se presenta cuando se interpone una demanda contra varios actos lesivos, y por ende contra varias entidades estatales. Asimismo, permiten identificar la respuesta de la judicatura, orientada a considerar como complejas estas controversias, lo cual tiene repercusión directa en la viabilidad de las demandas de amparo.

d) Decisión del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional dividió su pronunciamiento en dos partes. En primer lugar, se pronunció sobre las excepciones planteadas y que fueron acogidas por el Poder Judicial. En segundo lugar, analizó el fondo de la controversia. En cuanto a las excepciones señaló:

- Respecto a la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, señaló que si bien la Resolución Directoral impugnada fue emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ello no impedía que la demanda se interpusiera contra los ministerios de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, y el de Energía y Minas, pues emitieron pronunciamientos sectoriales previos que permitieron la expedición de la mencionada Resolución Directoral. Se aprecia aquí una tendencia por mantener en el proceso a todas las entidades que pudieran tener alguna relación con el fondo de la controversia.
- Respecto a la excepción de caducidad, si bien la resolución impugnada fue publicada el 12 de mayo del 2001 en el diario oficial El Peruano, “los actos reclamados mediante la presente demanda no se limitan exclusivamente al cuestionamiento de dicho pronunciamiento administrativo, sino que se proyectan sobre todos aquellos actos que tengan por objeto materializar el proyecto de construcción, instalación y funcionamiento de la empresa Depósitos Químicos Mineros S.A”. En este sentido, consideró que el acto lesivo era de carácter permanente. Al igual que en la excepción anterior, se aprecia una tendencia por parte del Tribunal de evitar que por aspectos de forma no se pueda emitir un pronunciamiento sobre el fondo.

- En cuanto a la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, el Tribunal determinó que dicho agotamiento no correspondía ser exigido, por cuanto el acto lesivo era una amenaza. Además, señaló que el proyecto de construcción de la planta se estaba ejecutando, por lo que eran de aplicación las excepciones previstas en la legislación procesal constitucional sobre la excepción a su agotamiento en caso el acto se ejecute de inmediato.
- Aunque no fue materia de alguna excepción, el Tribunal señaló que en el presente caso no podía objetarse la falta de legitimidad para la interposición de la demanda, pues “los derechos objeto de reclamo se sustentan en lo que la doctrina califica como intereses difusos y, por tanto, vinculan a título de derecho subjetivo a cualquier persona, grupo humano o sector de la sociedad”.

De lo expuesto se observa el particular interés del Tribunal por evitar que se declare improcedente la demanda, en tanto considera de suma importancia emitir un pronunciamiento respecto al acto lesivo invocado. Precisamente, la segunda parte del fallo estará orientada a evaluar el fondo de la controversia. Para ello, analiza en primer lugar si mediante el presente proceso era posible cuestionar pronunciamientos eminentemente técnicos, como la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por parte de la Dirección de Asuntos Ambientales del Ministerio de Industrias, o la opinión técnica favorable emitida por la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas. Al respecto señaló:

5. [...] cuando una dependencia del Estado emite una opinión técnica acerca de un asunto propio de su competencia, no vulnera ni amenaza *per se* derechos constitucionales, a menos que con la emisión de dicho dictamen, se hubiese obrado de

una forma absolutamente incompatible con los objetivos propios de la función que se ejerce, u omitido el cumplimiento de normas preestablecidas que regulan su ejercicio.
[...]

A nuestra consideración, esta apreciación del Tribunal resulta de relevancia para comprender su línea jurisprudencial en torno a las demandas de amparo que cuestionan una decisión estatal relacionada con el medio ambiente por considerar que no se han seguido los procedimientos previstos a nivel normativo. Respecto al caso concreto, el Tribunal identificó que al momento de emitirse las opiniones especializadas se habían observado los criterios y exigencias mínimas y que tales opiniones fueron adecuadamente sustentadas.

En segundo lugar, el Tribunal analizó si había existido alguna irregularidad en el procedimiento iniciado por la codemandada empresa Depósitos Químicos Mineros S.A. para poder obtener los permisos para la construcción y funcionamiento de su planta. Luego de un análisis de los diferentes procedimientos administrativos que se siguieron ante diversas instancias, concluyó que respecto a los procedimientos seguidos hasta la fecha de la sentencia, no se observaba infracción legal alguna “pues la empresa codemandada ha solicitado sus autorizaciones ante las autoridades competentes, no apreciándose omisión o infracción alguna en los requisitos exigidos por la normatividad aplicable” (fundamento jurídico N° 6).

En tercer lugar, el Tribunal evaluó si, al margen de los procedimientos establecidos, la sola presencia de instalaciones en un área como la que ocupaban los demandantes, generaba una situación de amenaza para la vida, la salud o el medio ambiente. Al respecto concluyó:

7. Respecto a la existencia o no de peligro o amenaza sobre los derechos invocados, al margen del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, este Colegiado advierte que, a la luz del estado de los procedimientos en trámite, no existe en la actualidad ningún peligro real sobre los recurrentes o sobre quienes habitan en las inmediaciones del local de la empresa codemandada, puesto que ésta todavía no está funcionando por existir trámites pendientes, y solo en el caso de que se ejecutara tal proyecto se plantearía la necesidad de ponderar si dicha planta podría amenazar los derechos a la vida, a la salud y al medio ambiente.

Finalmente, el Tribunal procedió a evaluar si las exigencias establecidas a la empresa demandada pueden considerarse suficientes con relación a la protección de los derechos reclamados. En este sentido afirmó que, aparte de las exigencias legales de carácter administrativo, existen otro tipo de medidas que deben adoptarse a fin de tutelar el derecho de las personas que pudiesen verse afectadas por la construcción del depósito químico. En este sentido, realizó las siguientes exhortaciones a la Municipalidad Provincial del Callao para otorgar cualquier autorización, licencia o permiso a futuro (fundamento jurídico N° 8):

- a) Que adopte las decisiones que considere pertinentes dentro del marco de su sistema de gestión ambiental local y en concordancia con el sistema ambiental nacional y regional.
- b) Que dentro de los criterios que ayuden a la toma de las decisiones pertinentes, se consideren los relativos al saneamiento, salubridad y salud ambiental.
- c) Que Depósitos Químicos Mineros S.A., al momento de solicitar la licencia de funcionamiento, ofrezca de manera previa un estudio integral de seguridad que abarque necesaria e imprescindiblemente a las zonas pobladas aledañas a las instalaciones de dicha empresa.
- d) Que se tome en cuenta, a través de los mecanismos de representación que confiere la Ley Orgánica de Municipalidades, la opinión de los vecinos de la zona.
- e) Que, en el supuesto de que la corporación municipal otorgue la respectiva licencia de funcionamiento, se vele por una adecuada vinculación por razones de seguridad entre la empresa demandada y la comunidad organizada de la zona.

Para el Tribunal, sólo con el cumplimiento de estos requisitos podría considerarse como “legítima la referida instalación, así como la garantía correlativa de que con ello no se vulneren o amenacen los derechos fundamentales reclamados”.

De esta decisión se pueden deducir los pasos del análisis que a consideración del Tribunal Constitucional corresponde efectuar para analizar una controversia relacionada con la protección del medio ambiente:

- i. En primer lugar, verificar si las autorizaciones respectivas para llevar a cabo una determinada actividad han sido emitidas conforme a los procedimientos y requisitos establecidos a nivel normativo. En este nivel, el análisis del Tribunal en el proceso de amparo se asemeja más a un control de la actuación de la Administración Pública conforme a las leyes sobre protección del medio ambiente.
- ii. En segundo lugar, analizar si se presenta un peligro real de afectación del derecho al medio ambiente. En este nivel, el análisis se relaciona directamente con el objetivo de un proceso de tutela de derechos.
- iii. En tercer lugar, evaluar si corresponde invocar a las autoridades la adopción de alguna medida que pueda prevenir la afectación de derechos. En este nivel, la labor del Tribunal es esencialmente exhortativa, por lo que para analizar su impacto correspondería identificar si con posterioridad a la sentencia, las medidas invocadas han sido implementadas por las autoridades competentes.

Conforme se sigan analizando los siguientes casos, evaluaremos en qué nivel de análisis suele centrarse la labor del Tribunal Constitucional.

e) Decisión final del Tribunal Constitucional

El Tribunal declaró infundada la demanda, principalmente por considerar que no se había acreditado la amenaza de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

f) Plazos

La demanda fue interpuesta el 11 de diciembre del 2001. La sentencia de primera instancia, emitida por el Sexagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima y que declaró improcedente la demanda, fue emitida el 5 de junio del 2002; mientras que la sentencia de la Sala de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la apelada, lleva por fecha 17 de febrero del 2003. En este caso, la declaratoria de improcedencia de la demanda por parte de dos instancias en el Poder Judicial tuvo una duración aproximada de un año y dos meses. La sentencia final del Tribunal Constitucional, que contiene un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, lleva por fecha 12 de agosto del 2003, siendo publicada la sentencia el 10 de noviembre del mismo año. En conjunto, el proceso tuvo una duración de casi dos años.

4.7 Caso Nextel 1 (STC 964-2002-AA) - 2003¹⁵⁵

La primera década del siglo XXI ha sido testigo del incremento del uso de los teléfonos celulares o móviles, lo que ha dado lugar a la necesidad por parte de las empresas que brindan este servicio de instalar antenas en diversas ciudades del país. En aquellas con mayor demanda de servicios, como es el caso de la capital, la proliferación de antenas ha dado lugar a la interposición de demandas de amparo. Respecto a este tema, el Tribunal Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos, variando en el camino de línea jurisprudencial. Aquí se expondrá el primer caso resuelto sobre la materia.

a) Demandante y derechos invocados

La demanda de amparo fue presentada por Alida Cortez Gómez de Nano, quien solicitaba la protección de sus derechos a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Es de interés resaltar que la demanda fue interpuesta por una sola persona, a pesar de que los derechos invocados tenían una connotación colectiva.

b) Demandado y acto lesivo

La demanda fue interpuesta contra una empresa prestadora del servicio de telefonía celular, Nextel S.A. El acto lesivo invocado fue la instalación de una antena, actividad que se alegaba que no contaba con la autorización municipal respectiva. Se afirmaba, asimismo, que la instalación fue realizada sin haberse cumplido de forma previa con

¹⁵⁵ La sentencia fue publicada el 30 de setiembre del 2003 y expedida por la Sala Primera del Tribunal, conformada por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Gonzales Ojeda

algunos requisitos legales, como la elaboración de informes por parte de órganos técnicos especializados.

c) Decisiones del Poder Judicial

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima declaró fundada la demanda por considerar que “la alegada amenaza de violación constitucional se pone de manifiesto con la existencia del riesgo para la salud que implica la instalación de la referida antena, ya que hay incertidumbre científica sobre el daño que podría producir en las personas, agregando que si bien es cierto que los trabajos de instalación de la estación base están suspendidos y, que, por tanto, ésta no funciona, también lo es que tales instalaciones representan un peligro inminente y evidente, con lo que se acredita la amenaza de violación de los derechos invocados”. En este sentido, se equiparó la amenaza con la incertidumbre científica sobre el probable daño.

La Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda por aspectos de forma, en tanto consideró que no se había agotado la vía administrativa. Al respecto señaló que la Resolución Directoral N° 132, expedida por la Municipalidad Distrital de Ate, que ordenó la paralización y/o demolición de la construcción efectuada por la empresa Nextel del Perú S.A. fue apelada por la demandante y sus vecinos de Mayorazgo el 20 de febrero de 2001, así como por la empresa demandada y que, “sin embargo, la presente demanda fue interpuesta el 6 de febrero de 2001, es decir, con anterioridad a la presentación de dicho

recurso; más aún, con fecha 23 de mayo de 2001, se expidió la Resolución Directoral N.º 404, que declaró fundado el mencionado recurso de apelación”.

d) Sentencia del Tribunal Constitucional

Al resolver la controversia, el Tribunal toma en primer lugar una posición respecto a la vía administrativa a la cual acudió la parte demandante para reclamar contra la instalación de la antena y que recibió una respuesta favorable por parte de la municipalidad. Al respecto concluyó que como la demanda iba dirigida contra el acto de un particular (la empresa demandada), no cabía exigir el agotamiento de una vía previa administrativa. En este sentido señaló:

2. [...] este Tribunal considera necesario señalar que en el presente caso no es necesario que se exija el agotamiento de la vía administrativa, pues, como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, el acto reclamado no fue ejecutado por un órgano público, sino por una persona jurídica de derecho privado, con la que la recurrente no tenía (ni tiene) ninguna relación.

Acto seguido, el Tribunal delimitó el aspecto central de la controversia, señalando un aspecto clave para comprender la diferencia entre un proceso constitucional y las otras vías para la resolución de un problema relacionado con el derecho al medio ambiente.

En este sentido señaló:

6. Ciertamente, si todo el problema se redujese a un tema de mera legalidad, esto es, a determinar si la instalación de antenas y equipos se efectuó o no de acuerdo con la ley, y nada más que ello, este Tribunal usurparía una atribución que, en principio, la Constitución ha confiado al Poder Judicial. Cabe, entonces, plantear una nueva interrogante: ¿Con la instalación de tales antenas y equipos, para la prestación del servicio de telefonía, puede amenazarse o vulnerarse un derecho constitucional?

A partir de identificar la pregunta central del caso, el Tribunal procedió a precisar los alcances del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado, así como las obligaciones del Estado respecto a este derecho. Luego de ello, identificó que en el presente caso correspondía adoptar medidas orientadas a evitar posibles afectaciones al derecho invocado, reconociendo que existía incertidumbre sobre si el funcionamiento de las antenas para el uso de celulares afectaba el medio ambiente. En este sentido señaló:

11. Respecto de la posible afectación del derecho a la salud y a un medio ambiente sano y adecuado a consecuencia de la propagación de ondas electromagnéticas, este Tribunal debe destacar que se trata de un tema en el que, desde un punto de vista científico, no existe actualmente consenso. Sí existe consenso, sin embargo, en que a través de la legislación correspondiente se establezca una serie de precauciones destinadas a evitar que la carencia de resultados satisfactorios en la investigación sobre el tema, no termine generando problemas irreversibles en la salud y el medio ambiente, y, en ese sentido, que en la medida de lo posible tales equipos y antenas se instalen en lugares donde la gente no pase prolongados periodos de tiempo. Forma parte de ese denominado “principio de precaución”, que el Estado prevea a través de medidas de regulación en la prestación de ese servicio público o mediante la regulación de la materia urbanística, que la instalación de tales equipos y antenas no se efectúe cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales, y que se asegure que los que operan en el mercado en la prestación del servicio público en referencia, compartan torres para reducir su número. [...] en ese deber de prevención que el derecho de contar con un medio ambiente sano y adecuado impone sobre los poderes públicos y dentro del cual hay que considerar al principio de precaución, es que el Tribunal estima que tales antenas y equipos, cuando no fuese posible su instalación en otras áreas que no sean las zonas residenciales, deben necesariamente colocarse distante de las viviendas. En el presente caso, la recurrente ha acreditado, mediante fotos, que la instalación cuestionada está extremadamente próxima a diversas viviendas y, además, pese a lo que se ha expuesto en el fundamento N.º 5 de esta sentencia, que la demandada no contaba con la autorización municipal para instalarlas.

Si bien el Tribunal sustentó su decisión en la obligación del Estado de prevenir la afectación de derechos, no todo su razonamiento está exclusivamente ligado a este tema. Si esa hubiera sido su intención, habría determinado simplemente que no pueden instalarse las antenas. Sin embargo, tanto de los fundamentos de la sentencia como de la parte resolutive, se aprecia que tal instalación sí puede realizarse si se cuenta con la autorización municipal respectiva. Ello queda reflejado en el siguiente fundamento, en donde la amenaza a los derechos invocados en la demanda se analiza a partir de la omisión de la empresa demandada de contar con la autorización municipal respectiva para la instalación de antenas:

12. [...] El hecho de que exista una necesidad de mejorar la prestación de ciertos servicios públicos no significa que ésta se satisfaga afectando los intereses de esos mismos ciudadanos o de otros distintos, como parece ocurrir en el presente caso. De ahí que el Tribunal considere que al no haber obtenido la emplazada la autorización municipal para la ejecución de la obra, no se ha acreditado técnicamente que ésta no representa una amenaza para los derechos fundamentales invocados por la recurrente.

Finalmente, es interesante hacer referencia a la parte resolutive de la sentencia y a la orden que en ella se emite. En este sentido, luego de declarar fundada la demanda el Tribunal decidió ordenar:

[...] a NEXTEL DEL PERÚ S.A. retirar los equipos y antenas ubicadas en la avenida Prolongación Javier Prado N.º 7069, manzana A, lotes 15 y 16, de la urbanización Mayorazgo, distrito de Ate-Vitarte, y que se abstenga, en el futuro, de ejecutar obras sin contar con la autorización municipal correspondiente. [...]

Aquí se aprecia nuevamente la conexión que realiza el Tribunal entre el acto lesivo invocado en la demanda y la autorización municipal para la instalación de antenas.

Asimismo, debe resaltarse que se emitió una orden a futuro, que dentro del problema planteado no tendría mayor objetivo que evitar que se vuelvan a presentar situaciones similares. Sin embargo, también podría ser interpretado en el sentido de evitar la repetición de actos lesivos homogéneos por parte de la misma empresa, consistente en instalar antenas sin la respectiva autorización municipal, aunque siendo ésta la omisión central identificada por el Tribunal como lesiva del derecho invocado, podría también ser invocada en el caso de otras empresas que llevaran a cabo el mismo acto lesivo.

e) Plazos del proceso

La demanda de amparo fue interpuesta el 6 de febrero del 2001. La sentencia de primer grado fue expedida el 22 de junio del mismo año, que constituye un plazo bastante corto si consideramos que hubo un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. La sentencia de segundo grado fue emitida el 18 de diciembre del 2001, con lo cual todo el proceso en el Poder Judicial tuvo una duración de un año. En el Tribunal Constitucional, el expediente subió a su conocimiento al año siguiente (2002), siendo la fecha de la sentencia el 17 de marzo del 2003, llevándose a cabo la publicación respectiva el 30 de setiembre del mismo año. En total, el proceso tuvo una duración de dos años y siete meses aproximadamente.

4.8 Caso ruidos molestos en fábrica textil - 2004¹⁵⁶

En este caso la demanda de amparo fue interpuesta por una persona jurídica, el Frente de Defensa de los Pobladores de Ate Vitarte – Filial Santa Clara. Se alegó principalmente la afectación del derecho a la tranquilidad y a la salud.

La demanda se interpuso contra una empresa, Artesanías Camargo Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, y el acto lesivo lo constituía el funcionamiento de una Fábrica Textil de su propiedad, cuya actividad –según los demandantes- producía un fuerte e intenso ruido ambiental.

El Juzgado Especializado en lo Civil del Cono Este declaró infundada la demanda por considerar que a través de un Informe de la Dirección General de Salud Ambiental de Lima se concluyó que el ruido ambiental registrado en la zona se encontraba dentro de los límites permisibles en una zona residencial. La sentencia fue confirmada por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda como resultado de analizar diferentes informes técnicos relacionados con los ruidos emitidos por la fábrica. Respecto al informe que sirvió de base para las sentencias del Poder Judicial, emitido por la Dirección General de Salud Ambiental de Lima, consideró que se sustentó en el funcionamiento de sólo tres máquinas, cuando en los hechos en la fábrica funcionaban seis. El Tribunal, a la vez, acudió al principio de precaución para adoptar su decisión final, la cual consistió en disponer el cese del funcionamiento y operaciones de la

¹⁵⁶ La sentencia fue publicada el 21 de setiembre del 2004 y expedida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma.

Fábrica Textil de propiedad de la emplazada. En consecuencia, se trató de un caso resuelto a partir de analizar si los informes que sustentaron la actividad de la empresa demandada estaban bien realizados.

En cuanto a los plazos, la demanda fue interpuesta el 10 de mayo del 2002. La sentencia de primer grado lleva por fecha 12 de agosto del 2002 y la de segundo grado 20 de enero del 2003. El expediente subió a conocimiento del Tribunal en el 2003, lo cual se deduce del número de expediente (814-2003-AA) y su fallo lleva por fecha 11 de mayo del 2004, habiendo sido publicada la sentencia en el mes de setiembre del mismo año. En consecuencia, este proceso tuvo una duración mayor a los dos años, estando centrados los argumentos para su resolución –como ya se adelantó– en el contenido de informes técnicos.

4.9 Caso La Oroya (STC 2002-2006-PC) - 2006¹⁵⁷

Este caso no fue resuelto a través de un proceso de amparo sino mediante un proceso de cumplimiento. Si bien ambos procesos se encuentren reconocidos como procesos constitucionales en la Constitución de 1993, sólo el primero puede ser considerado como tal, dado que su objetivo directo es la protección de derechos fundamentales ante una acción u omisión que los amenaza o vulnera; mientras que el segundo tiene una finalidad diversa, más cercana al Derecho Administrativo, cual es hacer frente a la inactividad de la Administración Pública. Sin embargo, ambos procesos coinciden en el hecho que pueden ser empleados frente a una omisión de las autoridades o funcionarios en el cumplimiento de una norma legal o un acto administrativo, diferenciándose en

¹⁵⁷ La sentencia fue publicada el 27 de junio del 2006 y expedida por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli.

cuanto al procedimiento a seguir y el análisis para la resolución de la controversia, por cuanto en el amparo el juez verifica si se ha afectado un derecho fundamental como consecuencia de la omisión, mientras que en el proceso de cumplimiento se verifica si la administración no cumple con un mandato obligatorio.

De acuerdo con lo expuesto, el caso concreto podría haber sido resuelto a través de un amparo o mediante un proceso de cumplimiento. Los demandantes optaron por esto último, y dado que se trata de una controversia resuelta por el Tribunal Constitucional, consideramos oportuno analizar el contenido de la decisión.

La demanda respectiva fue presentada el 6 de diciembre del 2002, siendo declarada fundada en primer grado el 1 de abril del 2005, es decir, después de dos años y cinco meses. La sentencia de segundo grado, que declaró improcedente la demanda, fue emitida el 11 de octubre del 2005, mientras que el fallo del Tribunal Constitucional lleva por fecha 12 de mayo del 2006. En consecuencia, se está ante un proceso de cumplimiento que tuvo una duración de más de tres años, a pesar de tratarse de un proceso relativamente sencillo, en donde sólo corresponde verificar si se cumple o no un mandato legal o administrativo. En el tema de los plazos, los procesos de amparo y de cumplimiento coinciden en los mismos problemas.

La demanda respectiva fue presentada por seis personas contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), a fin de que se cumpla con lo siguiente:

- Diseñar e implementar una estrategia de salud pública de emergencia para la recuperación de la salud de los afectados por contaminantes en la ciudad de La Oroya; la protección de los grupos vulnerables; la adopción de medidas de prevención del daño a la salud y el levantamiento de informes sobre los riesgos a los cuales la población se encuentra expuesta. La omisión respectiva se sustentaba en lo dispuesto por los artículos 96°, 97°, 98°, 99°, 103°, 104°, 105°, 106° y 123° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842.
- Declarar en Estado de Alerta a la ciudad de La Oroya, lo cual implicaba la elaboración de un plan de estado de alerta de salud, proponer los niveles de estado de alerta de la ciudad de La Oroya a la Presidencia del Consejo de Ministros y, finalmente, la declaración del estado de alerta. La omisión respectiva se sustentaba en los artículos 23° y 25° del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental.
- Establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental, de conformidad con el artículo 15° del citado Decreto Supremo 074-2001-PCM.

En su decisión, el Tribunal declaró fundada en parte la demanda y estableció los siguientes mandatos a cumplir:

- Ordenó al Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, implementar un sistema de emergencia para atender la salud de la personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata

recuperación, conforme se expone en los fundamentos 59 a 61 de la sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse a los responsables las medidas coercitivas establecidas en el Código Procesal Constitucional.

- Ordenó al Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta (30) días, realizar todas las acciones orientadas a la expedición del diagnóstico de línea base, conforme lo prescribe el artículo 11° del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, de modo tal que, cuanto antes, se implementen los respectivos planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad de La Oroya.
- Ordenó al Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, cumplir con realizar todas las acciones para declarar el Estado de Alerta en la ciudad de La Oroya, conforme lo disponen los artículos 23° y 25° del Decreto Supremo 074-2001-PCM y el artículo 105° de la Ley N° 26842.
- Ordenó a la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), en el plazo de treinta (30) días, realizar acciones tendientes a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona que comprende a la ciudad de La Oroya.

En los mandatos concretos expedidos por el Tribunal se puede apreciar algo que no siempre está presente en sus decisiones, cual es el hecho de establecer un plazo para el cumplimiento de lo ordenado, así como la amenaza de aplicar los apercibimientos para

los casos de incumplimiento de las sentencias emitidas en los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales.

Sin embargo, los problemas en el cumplimiento de esta decisión del Tribunal se verifican en el hecho que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya dictado medidas cautelares a favor de pobladores de La Oroya:

El 31 de agosto de 2007 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de 65 moradores de la ciudad de La Oroya en Perú. Los solicitantes de las medidas cautelares requirieron la reserva de identidad de los beneficiarios. La información disponible indica que los beneficiarios sufren de una serie de afectaciones a la salud a consecuencia de altos índices de contaminación del aire, suelo y agua en la comunidad de La Oroya, producto de partículas de metales liberadas por el complejo de empresas metalúrgicas allí instaladas. De tal información surge que los afectados por la contaminación no disponen de atención médica adecuada para los fines de diagnóstico, tratamiento y prevención. En diciembre de 2005 y noviembre de 2006 la Comisión solicitó información al Estado: *inter alia*, qué medidas estaba adoptando para proteger la salud de la población de La Oroya afectada por la contaminación, en particular en cuanto a la atención médica adecuada y a los controles ambientales en las fundiciones. Por otra parte, la Comisión recibió información según la cual en mayo de 2006 el Tribunal Constitucional de Perú había decidido una acción de incumplimiento [sic] contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental de Perú, requiriendo el diseño e implementación de una “estrategia de salud pública de emergencia” para la ciudad de La Oroya en el término de 30 días. La Comisión solicitó al Estado peruano adoptar las medidas pertinentes para practicar un diagnóstico médico especializado a los beneficiarios, proveer el tratamiento médico especializado y adecuado para aquellas personas cuyo diagnóstico demuestre que se encuentran en una situación de peligro de daño irreparable para su integridad personal o su vida y coordinar con los solicitantes y beneficiarios la implementación de las medidas cautelares. El 8 de marzo de 2006, durante su 124º período ordinario de sesiones, la Comisión realizó una reunión de trabajo de la cual participaron representantes del Estado y de los solicitantes. La Comisión continúa dando seguimiento a la situación de los beneficiarios. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007).

Dado que la situación ambiental en La Oroya, incluso con la sentencia del Tribunal Constitucional, no presentaba signos de haber sido objeto de medidas especiales por parte del Estado peruano, la Comisión Interamericana admitió la denuncia relativa a este caso. En el documento respectivo de admisibilidad, la Comisión se pronuncia expresamente sobre el incumplimiento del fallo del Tribunal:

[...] la información disponible indica que a la fecha de aprobación del presente informe – pasados más de tres años desde la decisión del Tribunal Constitucional – el proceso de ejecución de sentencia permanece abierto, sin que se hubiera verificado el cumplimiento de la decisión, a pesar de tratarse de una situación que reviste especial gravedad y urgencia ya verificada por la Comisión en el marco de las medidas cautelares. Asimismo, la Comisión nota que consistente con la particular amenaza que la contaminación representa para la población de La Oroya, el Tribunal Constitucional otorgó un plazo de un mes. En ese sentido, siguiendo el criterio establecido en casos anteriores, la Comisión considera que el Estado ha incurrido en un retardo injustificado y por lo tanto, los peticionarios se encuentran eximidos de esperar la culminación del proceso de ejecución de sentencia, en virtud del artículo 46.2 c) de la Convención Americana.

Finalmente, la Comisión considera que en el presente caso los peticionarios acudieron al recurso idóneo para impugnar el incumplimiento de leyes y decretos, y una vez que obtuvieron un resultado, esperaron un tiempo razonable para que el Estado diera cumplimiento a la sentencia proferida en su favor. La Comisión resalta que el tiempo otorgado por el Tribunal Constitucional para ejecutar la sentencia fue de un mes y considera que no era necesario que los peticionarios interpusieran recursos adicionales - como la solicitud de aplicación de mecanismos conminatorios- en el marco del proceso de ejecución de sentencia. En todo caso, las autoridades judiciales encargadas de verificar el cumplimiento de la sentencia estaban facultadas para utilizar los mecanismos conminatorios sin que se tenga conocimiento de que lo hubieran hecho. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009).

El caso La Oroya, relacionado con una de las ciudades con mayor contaminación del país, demuestra las serias deficiencias de la protección judicial de los derechos

fundamentales. A pesar de contarse con una resolución adecuadamente sustentada del Tribunal, sobre un problema que nadie puede negar, y de que en ella se establecieron plazos y consecuencias en caso de incumplimiento del fallo, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos se llegó a evaluar el grado de acción por parte del Estado a fin de cumplir con el mandato ordenado por el supremo intérprete de la Constitución.

4.10 Caso *Proterra vs. AMBEV (Resolución 2685-2005-PA)- 2006*¹⁵⁸

Este caso pertenece a un período nuevo en el Tribunal Constitucional, cuando asumieron el cargo dos nuevos magistrados. Nos referimos al destacado profesional y constitucionalista César Landa Arroyo y el señor Juan Vergara.

A pesar que el caso se resolvió declarando nulo lo actuado durante el proceso, sin un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, la decisión fue adoptada por el Pleno del órgano constitucional, lo que refleja que se estaba ante una controversia particularmente importante, corroborado en el hecho que la parte demandante fuera una importante organización no gubernamental (Proterra) dedicada a la defensa del derecho al medio ambiente y que una de las partes demandadas fuera una importante empresa (Ambev S.A.), dedicada al rubro de la fabricación y comercialización de cerveza.

La demanda fue presentada con la finalidad de proteger el derecho al medio ambiente y estuvo dirigida, al mismo tiempo, contra dos municipalidades y una empresa. En el fallo del Tribunal se aprecia la siguiente síntesis de los hechos:

¹⁵⁸ La resolución del Tribunal fue publicada el 27 de noviembre del 2006 y expedida por los magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Landa Arroyo.

1. Que, con fecha 11 de febrero de 2004, PROTERRA, Asociación Civil sin fines de lucro, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Compañía Cervecera AMBEV PERÚ S.A.C., la Municipalidad Distrital de Lurigancho-Chosica y la Municipalidad del Centro Poblado Menor de Santa María de Huachipa, alegando la amenaza del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, a la salud, a la paz y tranquilidad, ello con el objeto de que se ordene: a) a la Compañía mencionada, se abstenga de realizar cualquier tipo de edificación o construcción destinada a actividades económicas zonificadas como Gran Industria (13) en el inmueble ubicado frente a la calle Tokio, en el distrito de Lurigancho, Chosica; b) a la Municipalidad Metropolitana de Lima, la inaplicación o suspensión de los efectos de la Ordenanza N.º 249 que aprueba el reajuste del Plano de Zonificación General de los Usos del Suelo de Lima Metropolitana correspondiente al distrito de Lurigancho – Chosica; c) a la Municipalidad Distrital de Lurigancho – Chosica y a la Municipalidad del Centro Poblado Menor de Santa María de Huachipa, para que se abstengan de otorgar y/o suspendan las licencias, autorizaciones o permisos para la habilitación urbana con fines industriales o para la realización de obras o el desarrollo de actividades industriales del tipo 13 (Gran Industria) en el inmueble antes mencionado.

Al revisar estos antecedentes queda en claro que la demanda se estaba planteando contra tres actos lesivos diferentes pero relacionados entre sí, por cuanto el origen del problema estaba en el cambio de zonificación efectuado por la municipalidad metropolitana, lo cual iba a permitir la entrega de licencias de funcionamiento por parte de la municipalidad distrital, lo que a su vez iba a permitir que la empresa demandada pueda construir sus fábricas y empezar a producir sus productos. En consecuencia, la demanda se presentaba contra un acto lesivo que ya se había concretado (la probación del cambio de zonificación) y dos actos futuros (la entrega de la licencia de funcionamiento y el inicio de las actividades industriales). Dado que la primera pretensión se dirigía contra lo dispuesto en una ordenanza, se estaba ante una demanda de amparo contra normas legales.

Si bien el caso aparece en principio como complejo, no lo era tanto en realidad. En todo caso, las instancias previas que conocieron la demanda resolvieron declararla improcedente de plano, por haberse vencido el plazo para su interposición, en atención a la fecha de publicación de la ordenanza. Al llegar el caso al Tribunal, precisó que en tanto el caso era una demanda de amparo contra la amenaza de aplicación de una norma y de concretización de otros actos, debieron ser solicitados mayores elementos probatorios, a pesar de que en estricto el amparo no cuenta con una etapa probatoria. En este sentido señaló:

8. El Juez de amparo detenta un deber de investigación o de instrucción. De conformidad con el citado art. 9º del CPCConst, el juez está facultado a “(...) la realización de las actuaciones probatorias que (...) considere indispensables, (...)”. Pero, por otra parte, el ejercicio de esta facultad se deriva del art. II del citado Código, según el cual son fines esenciales de los procesos constitucionales la garantía de la primacía de la Constitución y de los derechos constitucionales. Precisamente, esta naturaleza finalista del proceso constitucional en general y del proceso de amparo en particular, impone al juez la ejecución de todos los actos procesales tendientes a tal fin. Se configura, así, un deber de investigación o de instrucción del juez constitucional consistente en efectuar todos los actos procesales conducentes al esclarecimiento de los hechos controvertidos, facultad que no deriva de la aplicación supletoria de otra disposición procesal de nuestro ordenamiento como, más bien, del principio finalista del propio proceso constitucional establecido en el citado Art. II del CPCConst.

9. En consecuencia, siempre que el derecho cuya protección se solicita detente un especial valor material y los hechos controvertidos no estén plenamente esclarecidos, el juez, al admitir la demanda, debe acopiar toda la información relevante que contribuya a formar plena convicción respecto a cada uno de los extremos del hecho controvertido – la amenaza o lesión del derecho al medio ambiente adecuado–, valiéndose, al efecto, de todas las instrumentales que pueda solicitarse de los órganos competentes e, incluso, de exigirlo así las características del caso, de efectuar una inspección ocular en el lugar de la presunta amenaza o lesión de un derecho constitucional.

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal declaró nula la resolución del juez que rechazó de plano la demanda y ordenó que la misma sea admitida a trámite. De esta manera, el Tribunal realizó una interesante interpretación del artículo 9° del Código Procesal Constitucional respecto a cómo deben ser entendidos los medios probatorios en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. Esta interpretación, además, resultaba de especial importancia para los casos de amparo contra amenazas, pues difícilmente podría encontrarse otra vía procesal en la cual se pueda hacer valer esta pretensión. Además, refleja la agudeza del Tribunal por identificar que a través de respuestas judiciales que se centran en aspectos formales de menor relevancia, se dejan de lado importantes pronunciamientos sobre temas sustantivos.

De acuerdo con la información que aparece en la resolución, la demanda respectiva fue presentada el 11 de febrero de 2004, siendo resuelta en segunda instancia el 8 de noviembre de 2004, declarándose improcedente¹⁵⁹. La decisión del Tribunal sobre este caso fue emitida con fecha 25 de enero de 2006, con lo cual, entre la interposición de la demanda y la resolución final transcurrieron cerca de dos años. Sin embargo, dado que la controversia no concluyó con el pronunciamiento del Tribunal, el plazo de demora de dos años fue sólo para resolver aspectos procesales y no el tema de fondo. Lamentablemente, no se cuenta con información sobre lo que luego ocurrió con este caso en el Poder Judicial, pero sin duda es probable que haya demorado otros dos años más en resolverse, lo cual demuestra lo delicado que resulta la aplicación de la institución del rechazo de plano de las demandas por parte de los órganos jurisdiccionales.

¹⁵⁹ En la resolución del Tribunal no se menciona la fecha de la resolución de primera instancia. Sólo se señala que la misma se pronunció por declarar improcedente la demanda.

4.11 Caso residuos sólidos “La cucaracha” (STC 5270-2005-PA)–2007¹⁶⁰

De forma general, se debe señalar que los residuos sólidos hacen referencia a la basura, siendo público el problema que existe en el país respecto a las medidas orientadas a su oportuno recojo y almacenamiento:

La naturaleza y composición de los residuos varía en función de diversos criterios: origen, estado físico, y características físicas, químicas y biológicas. De acuerdo a cada uno de estos criterios, los residuos se pueden clasificar de diversas formas. Dicha clasificación contribuye a seleccionar las técnicas y prácticas para su adecuada gestión o disposición.

Según su estado físico, los residuos pueden ser sólidos, líquidos o gaseosos. Es importante notar que el alcance real de esta clasificación puede fijarse en términos puramente descriptivos, y con fines de identificar los sistemas de gestión que correspondan a su naturaleza ya que, en la práctica, la clasificación se realiza según la forma de manejo asociado. Por ejemplo, si bien un tambor con aceite usado, que es considerado residuo, es intrínsecamente un líquido, su manejo se realiza como un sólido, pues es transportado en camiones y no por un sistema de conducción hidráulica. Según esta perspectiva, los residuos sólidos se definen como aquellos materiales que no representan una utilidad o un valor económico para el generador. Es decir, son los materiales inservibles o inertes generados por las unidades económicas y familias, quienes sienten la necesidad de deshacerse de estos. (Defensoría del Pueblo s/f: 14)

A nivel legislativo, la Ley N° 27314, *Ley General de Residuos Sólidos*, publicada el 21 de julio del 2000 en el diario oficial *El Peruano*, establece una serie de medidas orientadas para su adecuado manejo. Sin embargo, los resultados de la labor que corresponde a los gobiernos locales con relación a este tema no son los mejores. En su informe del año 2007 sobre el manejo de los residuos sólidos, la Defensoría del Pueblo concluyó lo siguiente:

¹⁶⁰ La sentencia fue publicada el 19 de junio del 2005 y suscrita por los magistrados García Toma, Gonzales Ojeda y Vergara Gotelli.

- Los residuos sólidos municipales no reciben en el país un manejo adecuado que neutralice su capacidad de causar daño al ambiente y a las personas, situación que pone en grave riesgo los derechos fundamentales a la vida, salud, trabajo, vivienda, y a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (Defensoría del Pueblo s/f: 139).
- La inadecuada gestión de los residuos sólidos municipales determina la presencia en el ambiente de contaminantes orgánicos persistentes como las dioxinas; metales pesados como el plomo, cadmio, mercurio, entre otros; vectores de enfermedades infecciosas como mosquitos, moscas, roedores y cerdos, que son causantes o transmisores de graves enfermedades para los seres humanos y ponen en riesgo el equilibrio de los ecosistemas (Defensoría del Pueblo s/f: 140).

Los problemas expuestos justifican el interés en la siguiente resolución del Tribunal Constitucional.

a) Demandante y derechos invocados

La demanda fue presentada por una persona jurídica, la Asociación Comité de Defensa del Medio Ambiente y la Salud del Distrito de Ventanilla, con la finalidad de proteger el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado.

b) Demandado y acto lesivo

La demanda fue interpuesta contra la Municipalidad Provincial del Callao y el acto lesivo puede ser identificado como la autorización a favor de la empresa Petramas S.A.C. para el funcionamiento del vertedero de residuos sólidos denominado “La Cucaracha”.

c) Decisiones del Poder Judicial

En primera instancia, el Primer Juzgado Mixto de Ventanilla declaró improcedente la demanda por considerar que los hechos señalados no constituían indicios suficientes para determinar si existía una violación o amenaza al derecho constitucional de vivir en un ambiente equilibrado y adecuado, no siendo el amparo la vía adecuada para resolver las pretensiones planteadas. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao confirmó la improcedencia, por considerar que no se había verificado si el vertedero se encontraba cerca de la población, por lo que era necesario realizar estudios técnicos por las autoridades competentes a fin de determinar si se estaba ante una amenaza o un daño al medio ambiente.

d) Decisión del Tribunal Constitucional

Este es un caso de especial importancia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien no se va a pronunciar sobre el fondo de la controversia, va a establecer un conjunto de lineamientos de índole procesal para la tutela del derecho al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo, relacionados con el desistimiento, la actuación del juez en los procesos constitucionales y la etapa probatoria.

- *Sobre el desistimiento*: El 26 de marzo del 2006 la Asociación demandante se desistió del proceso, cuando el expediente se encontraba ante el Tribunal Constitucional. Al respecto el Tribunal evaluó si en los procesos de tutela de derechos o intereses difusos cabía el desistimiento, dado que esta decisión podía implicar la conclusión de un proceso que no sólo resultaba de interés para el demandante sino para un colectivo indeterminado de personas. En este sentido afirmó:

8. [...] la diferencia de los derechos difusos -que son derechos subjetivos colectivos- frente a los derechos subjetivos individuales, plantea una serie de cuestiones que deben ser tomadas en cuenta. Aquellos requieren reglas procesales especiales ya que su estructura no coincide necesariamente con el paradigma bajo el cual se desarrolla el derecho procesal tradicional.

9. [...] para muestra cabe recordar que desde una perspectiva clásica del derecho procesal, lo que se pretendía era tutelar situaciones privadas en donde la parte legitimada era el sujeto privado que afirmaba ser titular de las situaciones jurídicas de ventaja que se pretendía proteger. Dicha óptica no puede ser aplicada a los derechos difusos por cuanto como ya se explicó, la propia estructura del derecho material al goce de un ambiente equilibrado y adecuado exige un tratamiento procesal distinto al tradicional, adaptando estos a los fines de la protección de tales derechos.

Luego de analizar la legislación procesal vigente en torno a la tutela de los derechos difusos, el Tribunal concluyó que existía una incompatibilidad entre el desistimiento planteado en el presente caso y su protección, motivo por el cual lo declaró improcedente. A nuestra consideración, esta decisión refleja la necesidad de aplicar las instituciones procesales en concordancia con las particularidades que presentan algunas situaciones específicas, como el uso del amparo para la tutela de derechos fundamentales de carácter difuso.

- *Sobre la actividad del juez para el desarrollo del proceso:* Si bien el Tribunal rechazó el desistimiento planteado por la parte demandante, ello no la obligaba a continuar en el proceso con un papel activo, lo cual podía dar lugar una situación de defensa inadecuada. Por ello, el Tribunal va a poner especial énfasis en el papel que correspondía asumir a los órganos jurisdiccionales para lograr compilar toda la información necesaria para la resolución de la controversia. En este sentido señaló:

20. [...] si bien el demandante es el gestor de su derecho y por tanto responsable de la presentación de su demanda y tramitación del proceso, cuando se tramiten causas en donde los demandantes sean quienes activan el derecho de acción, recayendo la titularidad del derecho en una comunidad indeterminada, el juez debe solicitar -si encuentra indicios suficientes, como es el caso- la información adecuada para resolver el proceso. Ello desde luego no implica que la parte demandante no deba actuar diligentemente a fin de probar su pretensión, ya que de lo contrario estaría procediendo temerariamente.

Si bien el Tribunal resalta la importancia de la actividad que corresponde al juez constitucional, resulta evidente que quien ha deseado desistirse de un caso pero permanece en el mismo de forma obligada, en particular tratándose de la protección de derechos difusos y no de un interés particular, no va a tener la misma diligencia en las diferentes etapas del proceso y menos en los aspectos orientados a probar la afectación de los derechos fundamentales invocados. De otro lado, si bien ante esta omisión el juez asume un papel más activo, debe evitarse que ello implique quebrar su imparcialidad respecto al proceso.

- *Sobre la actividad probatoria:* En concordancia con lo señalado en el acápite anterior, el Tribunal se va a pronunciar sobre las particularidades que deben ser observadas en el proceso de amparo respecto a la tutela del derecho al medio ambiente:

21. [...] si bien el proceso de amparo no cuenta con etapa probatoria (art. 9° del CPCConst.) ello no implica que frente a un desempeño defectuoso del representante o gestor del derecho difuso, el juez no pueda desplegar sus facultades cuando se encuentre en discusión un derecho que afecta de forma gravísima y posiblemente irreversible a una comunidad entera. En tal sentido, el ente jurisdiccional puede solicitar la actuación del Ejecutivo a fin de que a través de las agencias estatales pertinentes presten su cooperación (art. 139, inc. 18 de la Constitución) a fin acceder a los datos que le permitan tomar una decisión sobre la base de mayores medios probatorios.

De esta forma, se aprecia una concordancia con la línea expuesta en el caso Proterra vs. Ambev, orientada a precisar los alcances de lo que implica una actividad probatoria en el proceso de amparo respecto a la tutela del derecho al medio ambiente.

e) Decisión final del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional declaró improcedente el desistimiento presentado. Sin embargo, no se pronunció sobre el fondo de la controversia pues identificó un vicio procesal, en tanto no se notificó con la demanda a la empresa responsable del funcionamiento del vertedero (Petramas S.A.C.). Para tal efecto se invocó el artículo 43° del Código Procesal Constitucional, el cual dispone: “Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar”.

f) Plazos del proceso

Este caso tuvo una duración excesiva. La demanda respectiva fue presentada el 13 de enero del 2004, emitiéndose la sentencia de primer grado con fecha 3 de mayo del mismo año, declarándose improcedente la demanda. Lamentablemente no se cuenta con información sobre la sentencia de segundo grado. El expediente respectivo subió al Tribunal Constitucional el 2005 (dato que se deduce del número del expediente -5270-2005-PA), y la resolución lleva por fecha 18 de octubre del 2006, aunque fue publicada el 19 de junio del 2007, centrándose la misma básicamente en el problema procesal del desistimiento. En total, cerca de tres años y medio para que no se emita un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

4.12 Caso Nextel 2 (STC 4223-2006-AA-TC) – 2007¹⁶¹

En esta controversia el Tribunal Constitucional se pronunció nuevamente sobre una demanda de amparo interpuesta contra la instalación de una antena de teléfonos celulares. Al igual que el caso que se comentó anteriormente, la demanda fue presentada por un particular contra la empresa Nextel del Perú S.A, invocándose la protección del derecho al medio ambiente. Se invocó como acto lesivo que la instalación de los equipos se realizó “sobre la base de un contrato de arrendamiento nulo y sin contar con los informes favorables del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de Defensa Civil”. Como se aprecia, la demanda fue interpuesta contra una persona jurídica particular, quien no habría cumplido con observar determinados requisitos o exigencias de índole administrativa.

¹⁶¹ La sentencia fue publicada el 5 de setiembre del 2007 y expedida por el Pleno del Tribunal, con el voto a favor de los magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli. El magistrado Gonzales Ojeda emitió un voto singular.

A nivel de primera instancia, la demanda fue declarada infundada por el Primer Juzgado Civil de Chimbote, al considerarse que no se acreditó que la antena de telecomunicaciones emitiera ondas electromagnéticas que pudieran afectar la salud de los pobladores. Además, señaló que el amparo carece de estación probatoria, por lo que no correspondía analizar lo relativo al contrato de arrendamiento del local donde fue instalada la antena. En segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa declaró improcedente la demanda dado que el amparo carece de estación probatoria, por lo que la nulidad del referido contrato y las posibles afectaciones a los derechos invocados debían ser evaluados en la vía ordinaria correspondiente.

Al pronunciarse sobre el caso, el Tribunal explicó en primer lugar los alcances del proceso de amparo contra particulares, desde la perspectiva de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales. Luego de ello, al analizar el caso concreto, evaluó los procedimientos y gestiones administrativas seguidas por la empresa demandada para contar con los permisos necesarios para la instalación de la antena y concluyó que se había producido una infracción administrativa:

17. [...] la demandada ha ejercido de manera ilegítima su derecho fundamental a la libertad de empresa, al no respetar, desde un inicio, el lugar de ubicación para la instalación de la antena de telefonía celular en cuestión. De otro lado, se aprecia la desidia de los funcionarios públicos responsables de la entidad competente para hacer respetar las disposiciones legales, en este caso, la Resolución Viceministerial N.º 374-2001-MTC/15.03; más aún si la Constitución establece en su artículo 45º que quienes ejercen el poder del Estado lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

18. [...] En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que se debe iniciar el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, contra la demandada, por el incumplimiento de lo establecido en la Resolución Viceministerial aludida supra, en la medida que el artículo 88º inciso 5) del Decreto Supremo N.º 013-93-TCC, tipifica

como infracción grave “[l]os cambios de emplazamiento o de las características técnicas de las estaciones radioeléctricas sin la correspondiente autorización.

Luego de identificar que se había producido una infracción administrativa, el Tribunal procedió a evaluar si con ello se podía concluir que se había producido una afectación de derechos fundamentales. Para tal efecto solicitó informes a diferentes entidades estatales, aunque no queda del todo claro con que finalidad, pues los extractos de dichos informes que son citados en la sentencia, no concluyen ni se refieren en lo absoluto a un tema relacionados con los derechos invocados, pues se limitan a sustentar que no existe riesgo de exposición radioeléctrica. A partir de estos informes el Tribunal concluyó:

35. [...] no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones. En el presente caso, de los informes técnicos solicitados por este Tribunal se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de NEXTEL, sería una medida irrazonable y desproporcionada.

Lo que no se señala de forma expresa en la sentencia del Tribunal es que el riesgo de exposición radioeléctrica sea una amenaza al derecho al medio ambiente, pues de haberse constatado que así era tendría que haberse declarado fundada la demanda.

Del razonamiento empleado por el Tribunal, en el cual se alude a la necesidad de garantizar el principio precautorio en materia de derecho ambiental, se puede deducir que la referencia a los informes técnicos no se relacionaban con el fondo de la controversia, sino con la necesidad de prevenir a futuro posibles afectaciones del

derecho al medio ambiente. Ello queda en evidencia en la parte resolutive de la sentencia, en la cual declara infundada la demanda, pero se dispone “la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población, a fin de que se garantice la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud de los demandantes” (punto resolutive 2 de la sentencia). Dado que la pretensión principal fue desestimada, este extremo aparece más bien como una invocación antes que una decisión cuyo cumplimiento pueda ser exigido posteriormente.

Sobre este caso hubo un voto singular del magistrado Gonzales Ojeda, para quien la demanda debió haber sido declarada fundada sobre la base de los siguientes hechos: (i) la antena fue instalada en un área residencial y relativamente cerca de centros de salud y educativos; ii) la antena estaba cerca a viviendas; iii) Nextel construyó la antena en una zona que no era apropiada de acuerdo a las normas de urbanización; y, iv) la empresa no contaba con la debida autorización para la construcción de la antena. Por ello, para el magistrado, la aplicación del principio de precaución debió terminar con la expedición de una sentencia estimatoria.

Entre la primera y la segunda sentencia sobre el caso de las antenas celulares existe una manera distinta de resolver la controversia, pues mientras en aquella básicamente se analizó el cumplimiento de las autorizaciones para la instalación (un tema esencialmente administrativo), en ésta se presta especial atención –más allá del cumplimiento o no de las exigencias de carácter administrativo- a los reales riesgos que pueden existir respecto a la exposición radioeléctrica, siendo esto último lo que se reiterará en posteriores fallos del Tribunal, como tendencia jurisprudencial. A modo de

ejemplo se puede citar la sentencia 2268-2007-PA (caso Santiago G. Llop Ruiz y otros), dirigida contra la misma empresa Nextel del Perú S.A.¹⁶².

4.13 Caso Cuenca del Mazán (STC 1206-2005-PA-TC) – 2007¹⁶³

Este es uno de los primeros casos resueltos por el Tribunal Constitucional relacionado con una cuenca hidrográfica. Nos referimos a la Cuenca del Mazán. Como se explica a continuación, el caso tuvo mucha repercusión en la ciudad de Loreto y dio lugar a procesos constitucionales conexos.

a) Demandante y derechos invocados

La demanda fue presentada por una persona jurídica, la Asociación de Promotores de Salud del Vicariato San José del Amazonas “Blandine Masicote Perú” y se invocó la protección del derecho al medio ambiente. Respecto a los demandantes, resulta de interés hacer mención a la siguiente información disponible en su página web (<http://www.sanjosedelamazonas.org>), que nos ilustra asimismo sobre las características de la región donde se produjo la controversia que dio lugar al proceso de amparo:

El Vicariato Apostólico San José del Amazonas es una jurisdicción eclesiástica misionera confiada por la Santa Sede a los Franciscanos desde 1945. Está situado en el noreste del Perú, en el departamento de Loreto, en la provincia de Maynas, en plena selva amazónica. Tiene una extensión aproximada de 155,000 Km² y hace fronteras con los países de Ecuador, Colombia y Brasil.

¹⁶² La sentencia fue publicada el 17 de marzo del 2008 y expedida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz.

¹⁶³ La sentencia fue publicada el 24 de mayo del 2007 y expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional, conformado por los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Vergara Gotelli.

Su población es cercana a los 160,000 habitantes (mestizos e indígenas de diversas etnias), la cual se encuentra dispersa a lo largo de los inmensos ríos de Amazonas, Yavarí, Putumayo, Napo y sus afluentes.

El transporte es por los ríos, a veces en bote, en yate o colectivo. El avión es usado por poca gente; no es muy común debido al costo.

Esta jurisdicción es atendida por 10 parroquias, 3 Vicarías parroquiales y 1 Cuasiparroquia. Para atender a más de 160,000 personas dispersas en la amplia geografía en más de 700 comunidades, contamos con el apoyo de 600 animadores de comunidades cristianas (líderes cristianos) y 250 catequistas.

[...] El 80 % de la población del Vicariato habita en caseríos y el resto en poblados que no llegan a ser ciudades. Aunque se calcula que el 30 % de la población tiene ascendencia en grupos étnicos... Cada distrito cuenta con servicio de radiofonía y televisión. Sólo algunos cuentan con teléfono. En estos últimos años hubo una entrada masiva de población humana ajena a la población amazónica.

Para poder desarrollar programas a favor de las comunidades en el campo social, el Vicariato a través de diversas instituciones (Caritas, Pastoral Carcelaria, Derechos Humanos, Movilidad Humana, Pastoral de Salud, Discapacitados, Radio La Voz de la Selva, etc....) quiere responder a través de proyectos productivos que generen empleo, promuevan la dignidad humana desde los niños hasta los ancianos y capaciten a la población para estar atentos a los acontecimientos ejerciendo un liderazgo cristiano en sus comunidades.

La educación es de bajo nivel y varios jóvenes emigran a los centros urbanos (principalmente a Iquitos o a Lima). Por lo que apoyamos a los centros de educación a través de la ODEC y atendemos tres escuelas con internados y promovemos algunas obras sociales, para generar algunos recursos para sus gastos diarios.

b) Demandados y actos lesivos

La demanda se interpuso contra dos entidades estatales, el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) y el Gobierno Regional de Loreto. El acto lesivo consistió en la amenaza al medio ambiente, como consecuencia de los concursos públicos realizados para concesiones forestales y la inclusión en los mismos de la Cuenca del Mazán. Asimismo, la parte demandante solicitó que se realicen los estudios

correspondientes para evaluar el impacto de las actividades forestales, que a su consideración no se habían llevado a cabo, lo que podía ser considerado como un acto lesivo de omisión.

c) Decisiones del Poder Judicial

A nivel del Poder Judicial, el Primer Juzgado Civil de Maynas declaró infundada la demanda por considerar que no se había acreditado que la explotación de recursos naturales implique una afectación del ecosistema y de las condiciones de vida de los pobladores de la zona. La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto confirmó la sentencia por los mismos argumentos pues consideró que las supuestas amenazas no habían quedado acreditadas. Las decisiones se basaron, en consecuencia, en la falta de acreditación de la amenaza y afectación de derechos invocadas.

d) Decisión del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional identificó el acto lesivo como una amenaza al derecho invocado, aunque no evaluó si la misma era cierta e inminente, centrándose principalmente en evaluar si el INRENA había cumplido con llevar a cabo los procedimientos exigidos a nivel legal para proceder a la convocatoria de los concursos públicos. Al momento de fallar, el Tribunal identificó que ya existían zonas que habían sido objeto de concesión para fines forestales.

A partir de estas premisas, el Tribunal va a mencionar como eje central de su fallo el contenido de la Resolución Suprema N° 262¹⁶⁴, por medio de la cual se declaró como zona reservada para el Estado el sistema hidrográfico del río Mazán, en su integridad hasta la desembocadura del río Naplo, con la finalidad de preservar las especies acuíferas y los recursos hidrobiológicos de esa zona. En este sentido, identificó que en todo el proceso de concesiones llevado a cabo por INRENA no se tomó en consideración lo dispuesto en la mencionada resolución:

21. [...] a pesar de la documentación presentada, no se aprecia que en los estudios técnicos efectuados por el INRENA se haya tomado en cuenta la Resolución Suprema N.º 262. Tan sólo se advierte que en los escritos de contestación, los demandados alegan que las acciones realizadas por el INRENA no afectan el sistema hidrográfico de la cuenca del Mazán. No obstante, no adjuntan medio probatorio alguno que respalde tal afirmación.

22. Si bien es cierto que la competencia para llevar a cabo dichos trámites recae sobre el Ministerio de Agricultura y el INRENA, y que estos aducen haber cumplido con los procedimientos establecidos en la Ley N.º 28611 y su reglamento; al no haber tomado en consideración la Resolución Suprema N.º 262, el proceso de zonificación y de otorgamiento de concesiones por ellos iniciado ha omitido tomar en cuenta un elemento fundamental para definir su conveniencia, toda vez que, conforme al principio de prevención, se deben evitar los posibles daños que la explotación maderera pueda causar a la cuenca hidrográfica del Mazán.

Asimismo, para el Tribunal, el hecho que se hayan realizado planes de manejo ambiental no puede ser alegado como una respuesta ante la omisión de tomar en cuenta lo dispuesto por la Resolución N° 262. En este sentido señaló:

23. [...] cabe inquirir si es que dichas consecuencias podrían ser prevenidas una vez otorgadas las concesiones, mediante la exigencia de los planes de manejo a los

¹⁶⁴ En la descripción de los antecedentes del caso que se mencionan en la sentencia se señala que la Resolución Suprema N° 262 fue expedida por el Ministerio de Agricultura con fecha 10 de junio de 1965.

concesionarios. Cabe resaltar que (de acuerdo al artículo 15 de la Ley N.º 27308) estos planes incluyen un estudio de impacto ambiental. Este Colegiado estima que ello sería una solución inadecuada e incompleta, puesto que los estudios de impacto ambiental se realizarían tomando en cuenta sólo la perspectiva del área a ser explotada, dejando de lado una perspectiva global o general de la mencionada cuenca.

e) Decisión del Tribunal y mandato concreto a favor del derecho invocado

A partir de estos argumentos, el Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó dejar sin efecto las concesiones realizadas por INRENA en la cuenca del Mazán y que se proceda a una nueva evaluación, conforme al ordenamiento jurídico vigente, sobre los posibles daños que la explotación maderera pudiera causar a la cuenca.

f) Plazos

La demanda fue interpuesta el 14 de abril del 2004. La sentencia de primera instancia fue emitida el 9 de agosto del mismo año y la sentencia de segunda instancia lleva por fecha 16 de diciembre del 2004. Hasta aquí, un proceso bastante rápido si lo comparamos con el promedio de tiempo de demora de los amparos analizados anteriormente.

El caso subió a conocimiento del Tribunal el año 2005 (según se deduce del número del expediente, 1206-2005-PA) y su sentencia lleva por fecha 20 de abril del 2007, siendo publicada el 24 de mayo del mismo año. En consecuencia, el proceso tuvo una duración de tres años, presentándose la mayor demora en el Tribunal Constitucional, a pesar que la resolución del caso, según los fundamentos de la sentencia, dependía básicamente de

verificar el contenido de la Resolución N° 262 y si ésta había sido observada antes de darse inicio al proceso de concesiones.

g) Procesos constitucionales conexos

Los problemas relacionados con las concesiones del INRENA respecto a la Cuenca del Mazán dieron lugar a un conjunto de procesos constitucionales, cuyo conocimiento permite una mejor comprensión de la importancia y efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional.

En primer lugar debe hacerse mención al proceso de amparo iniciado por el ciudadano Abraham Guevara contra el INRENA, para que se excluya a la cuenca del Mazán del concurso público de concesiones forestales del año 2004, es decir, pretensión similar a la planteada en el proceso que acabamos de comentar. Mediante Resolución N° 23, del 1 de febrero del 2005, la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto declaró fundada la demanda. El diario *La República*, en su edición en línea del 10 de febrero del 2005 (consultada el 20 de marzo del 2012), recogió de la siguiente manera la noticia:

De acuerdo con lo sentenciado por la Sala Civil Mixta de Maynas, presidida por Aristóteles Álvarez López, la Cuenca del Mazán debe ser excluida del proceso de concesiones forestales realizado en el 2004 y convocado por el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA y el gobierno regional de Loreto.

Abraham Guevara Gonzales, campesino de la mencionada cuenca, fue quien presentó una acción de amparo fundamentada en que este proceso es ilegal porque no cumplía con la Ley Forestal, que exige estudios de impacto ambiental, económico y social previo. Esto logró que el primero de febrero del 2005, la Sala Civil sentenciara la exclusión de la cuenca del Mazán del concurso público de concesiones.

El hermano Paul Mc Auley, miembro de la Red Ambiental Loreтана, expresó a La República que esto es un hecho trascendental, ya que se hizo justicia pese a la fuerte presión que ejercían estas instituciones estatales en el Poder Judicial.

Esta sentencia no fue muy bien recibida por el gobierno ni por aquellas personas que habían recibido concesiones. La siguiente noticia, aparecida el 4 de marzo del 2005 en el portal web del diario *La República* (consultada el 20 de marzo del 2012), lo refleja claramente:

Los vocales superiores de la Sala Civil Mixta de Loreto, Aristóteles Álvarez López, Javier Wenceslao Laynes-Lozada Zavala y Carlos Hugo Falconí Robles serán denunciados por la Procuraduría Pública del ministerio de Agricultura por el delito de prevaricato

Para este efecto, el ministerio de Agricultura autorizó a su Procuraduría Pública denunciar por el mencionado delito a los vocales superiores de la Sala Civil Mixta de Loreto Aristóteles Álvarez López, Javier Wenceslao Laynes-Lozada Zavala y Carlos Hugo Falconí Robles porque al dictar sentencia excluyeron la cuenca del Mazán del proceso de ordenamiento de la actividad forestal.

Esta autorización la dio este ministerio el pasado 23 de febrero del 2005, con la resolución 0200 firmada por Álvaro Quijandría Salmón, y tiene por objeto dejar sin efecto la resolución judicial recaída en la acción de amparo presentada por Abraham Guevara Gonzáles, poblador de la cuenca del Mazán.

El 15 de abril del mismo año (2005), a poco de conocerse la sentencia del Poder Judicial, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Agricultura interpuso una demanda de amparo contra dicha resolución, constituyéndose así un caso de amparo contra amparo. Las instancias del Poder Judicial que conocieron este caso (la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto y la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema) rechazaron de plano

la demanda, mediante sentencias del 15 abril del 2005 y 27 de octubre del mismo año, respectivamente.

Si bien el Tribunal Constitucional se pronunció en similar dirección, lo interesante del caso radica en el alegato formulado por la parte demandante, para quien la sentencia del Poder Judicial afectaba la seguridad jurídica, pues en casos similares anteriores la respuesta de la Sala Civil Mixta había sido diferente. El problema fue identificado de la siguiente forma por el Tribunal¹⁶⁵:

6. [...] el recurrente alega la vulneración del principio de seguridad jurídica en base a dos razones: primero, que la Sala emplazada no ha apreciado la sentencia expedida en el proceso de amparo interpuesto por don Julio Alberto Almora Montoya contra el recurrente por los mismos hechos, que declaró infundada dicha demanda y pasó en autoridad de cosa juzgada al ser consentida por el entonces recurrente; y, segundo, que la Sala recurrida ya había tenido un pronunciamiento distinto respecto del mismo petitorio en el proceso de amparo seguido por la Asociación de Promotores de Salud del Vicariato San José del Amazonas Blandine Perú contra el ahora recurrente.

Al respecto, el Tribunal se pronunció considerando que no se había afectado el principio de seguridad jurídica, al no identificarse la igualdad entre los procesos constitucionales mencionados:

6. Respecto al primer punto, para que se aprecie la vulneración del derecho constitucional de la cosa juzgada el *tertium comparationis* válido no solamente se debe referir a similitud de actos sino también a la similitud de sujetos procesales y del órgano judicial. En el presente caso no se advierte la identidad del sujeto procesal activo como del órgano decisor puesto que mientras en el amparo primigenio, conforme aparece de fojas 7 a 72, la demanda fue interpuesta por Abraham Guevara Gonzales y

¹⁶⁵ Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4928-2006-AA/TC, publicada el 14 de marzo del 2007 y suscrita por los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez.

resuelta por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, el amparo con el que se pretende realizar la comparación fue interpuesto, como se ve de fojas 89 a 116, por don Julio Alberto Almora Montoya y resuelto por la Primera Sala Civil de Maynas de la Corte Superior de Justicia de Loreto, resolución que tuvo los efectos de la cosa juzgada para las partes en ese proceso, los que no pueden extenderse a otros sujetos procesales.

Asimismo, respecto al segundo punto, el *tertium comparationis* válido exige que, en el caso de órganos colegiados, estos tengan la misma composición. Así, este Tribunal ha señalado: “(...) cuando el trato diferenciado se imputa a un órgano judicial de estructura colegiada, no sólo es preciso que se trate del mismo órgano judicial, sino que, adicionalmente, éste tenga la misma composición, de modo que la no expresión de las razones del cambio de criterio refleje el tratamiento arbitrario que el derecho de igualdad no tolera (...)” (Exp. 2373-2005-AA/TC, FJ 3). En el presente caso, la demanda debe también desestimarse en este extremo, toda vez que, como se aprecia de autos de fojas 34 a 72 y de fojas 79 a 87, si bien es cierto se trata del mismo órgano judicial, su composición es distinta.

Pero éste no fue el único cuestionamiento a la sentencia del año 2005 que excluía a la Cuenca del Mazán de las concesiones forestales. El segundo intento fue promovido por las empresas que habían recibido las concesiones y que estaban en desacuerdo con el fallo. El diario *La República*, en noticia publicada en su portal web el 15 de febrero del 2005 (consultada el 20 de marzo del 2012) dio cuenta de esta situación y del reclamo:

La Asociación Forestal de Loreto (AFOL) en reunión extraordinaria del 12 de febrero, mostró su rechazo con respecto la sentencia judicial dictada por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que excluye a la cuenca del Mazán del proceso de Concesiones Forestales.

En dicha reunión, los miembros de esta asociación acordaron encargar a la Comisión Regional de Solución de Conflictos, asumir la defensa de los intereses de los concesionarios asociados y de todos aquellos que, no siéndolo, voluntaria y formalmente, la faculten para la defensa de sus derechos que pretenden ser vulnerados. En esta junta, los madereros analizaron que esta sentencia que ordena suspender del Concurso Público del 2004 para Concesiones Forestales en Loreto a la cuenca del

Mazán; deviene en un monumento de ignorancia e irresponsabilidad social de la judicatura loreтана, que además estimula y alienta un plan político de desunión.

Refieren que actualmente no existe ningún concurso público en marcha por el cual se pueda suspender a la cuenca del Mazán, pero, lo que sí existe es un conjunto de concesionarios, adjudicatarios de la buena pro de un proceso que culminó el seis de mayo de 2004, quienes adquirieron derechos y obligaciones individualizados.

Señalan también, que en este proceso legal no han sido comprendidos los concesionarios, quienes son los directamente afectados con esta decisión, por lo cual esta resolución no puede tener ninguna eficacia jurídica.

En cuanto a la razón que presenta la Sala Civil para excluir al Mazán de las concesiones, que es el no haber realizado un estudio de impacto ambiental; indican que de acuerdo a la Ley Forestal de Flora y de Fauna Silvestre, resulta materialmente imposible abordar un estudio de esta magnitud que responda a todos los impactos que podrían ser causados por cada concesionario, además que la responsabilidad de este estudio está estipulado en el plan de manejo de bosques, que le corresponde a cada uno de éstos.

Las quejas de las empresas que obtuvieron las concesiones se concretaron en una demanda de amparo presentada por el ciudadano Kherri Guzmán Gómez contra la sentencia de amparo expedida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, es decir, otro amparo contra amparo sobre el mismo problema. Conforme a lo que se expone en la resolución final del Tribunal sobre este caso, el demandante alegaba principalmente no haber participado en el primer amparo, cuya decisión lo afectaba directamente¹⁶⁶:

[El demandante] alega que pese a ser titular de uno de los contratos de concesión para manejo y aprovechamiento forestal con fines maderables en la Unidad de Aprovechamiento del Bosque de Producción Permanente de Loreto N° 16-IQU/C-J-082-04, no ha sido notificado de los actuados en el proceso de amparo N° 401-2004.

¹⁶⁶ Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 070-2011-PA/TC, publicada el 9 de enero del 2012 y suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Urviola Hani.

Considera que se ha vulnerado sus derechos de defensa, contradicción, pluralidad de instancias y tutela procesal efectiva.

La Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, es decir, la misma instancia que conoció el primer amparo, declaró infundada la demanda, decisión que fue confirmada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, sin que contra ella la parte demandante presentara recurso alguno para que el caso suba a conocimiento del Tribunal. Sin embargo, el Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Agricultura presentó un recurso de agravio constitucional invocando ser tercero interviniente, el cual fue concedido en un primer momento pero luego revocado al identificarse que carecía de legitimidad procesal para interponerlo. En este sentido, el Tribunal Constitucional señaló:

6. Que este Colegiado observa de autos (fojas 85 del segundo cuaderno) que el Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Agricultura interpone recurso de agravio constitucional argumentando que se ha vulnerado los derechos, del demandante don Kherri Guzmán Gómez, a la tutela procesal efectiva y de defensa, debido a que éste no fue notificado con la demanda en el proceso cuya nulidad solicita (Exp. N.º 401-2004). Sobre el particular, a criterio de este Tribunal el mencionado procurador no tiene legitimidad procesal para interponer el recurso de agravio, pues la normatividad vigente lo habilita para la defensa de los intereses del Estado, pero no así para la defensa de intereses particulares, como ha ocurrido en el caso de autos.

7. Que bajo circunstancias como las descritas y apareciendo que el recurso de agravio constitucional, ha sido indebidamente concedido a quien carece de legitimidad procesal para promoverlo, se ha incurrido en un vicio de nulidad insalvable, por lo que resulta de aplicación lo previsto en el artículo 20º del Código Procesal Constitucional.

Sobre la base de este argumento, el Tribunal declaró nulo el recurso de agravio constitucional concedido. Sin embargo, señaló lo siguiente sobre la posibilidad que Kherri Guzmán Gómez presente una demanda de amparo:

8. [...] independientemente a la consideración precedente, queda claro que si el propio demandante de la causa, decide promover su recurso de agravio constitucional, éste será plenamente procedente, en tanto, se cumplan los presupuestos procesales establecidos por el Código Procesal Constitucional, debiendo estarse en tal caso a los criterios establecidos por la jurisprudencia en materia de amparo contra amparo.

Al respecto debe advertirse que la sentencia de la Corte Suprema contra la cual se interpuso el recurso de agravio constitucional lleva por fecha 8 de mayo del 2008, por lo que a la fecha de la publicación de la resolución del Tribunal Constitucional (9 de enero del 2012) ya ha pasado en exceso el plazo de diez días previsto en el Código Procesal Constitucional para que la parte demandante (el señor Kherri Guzmán Gómez) pueda interponerlo nuevamente.

En este sentido, no debería entenderse que mediante la resolución que comentamos el Tribunal ha habilitado la interposición extraordinaria del recurso, al margen de los plazos previstos legalmente. Sin embargo, del sentido final de la parte resolutive podría interpretarse lo contrario, pues a la vez de declarar “nulo el concesorio del recurso de agravio constitucional”, también “dispuso la devolución de los actuados a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a efectos de que la causa prosiga con su trámite, según corresponda”. En realidad, no hay otra forma de seguir el trámite que esperar a que se presente un recurso

de agravio constitucional. A nuestra consideración, el Tribunal debió solamente declarar nulo el concesorio del recurso, para que se proceda al archivo respectivo de la causa.

4.14 Caso la Recoleta (STC 6550-2006-PA/TC) – 2007¹⁶⁷

En este caso la demanda fue presentada por un conjunto de ciudadanos para la protección del derecho al medio ambiente y fue interpuesta contra el Colegio La Recoleta (ubicado en la ciudad de Lima). Los actos lesivos eran las obras de construcción que se venían llevando a cabo en el Colegio y el funcionamiento de su Coliseo.

A nivel del Poder Judicial las demandas fueron declaradas improcedentes. Para el Juzgado de La Molina y Cieneguilla, los hechos y el petitorio de la demanda no se encontraban referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Para la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, existían vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho invocado y, además, se requería de actividad probatoria para crear certeza sobre la afectación del derecho invocado.

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, principalmente porque no se aportaron los elementos mínimos probatorios necesarios para la resolución de la controversia. En este sentido señaló:

4. En la correcta exégesis de la norma procesal respecto a los medios probatorios en un proceso constitucional, este Colegiado se ha pronunciado en la STC N 0091-2004-

¹⁶⁷ Sentencia publicada el 17 de julio del 2007 y expedida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, conformada por los magistrados Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez.

PA/TC señalando que es responsabilidad implícita que se atribuye a las partes que acuden a la vía constitucional la de adjuntar un mínimo de medios probatorios idóneos que sean suficientes para crear en el juzgador un criterio de certeza respecto del derecho constitucional alegado.

5. En el caso presente se advierte de autos que los recurrentes no cumplen con este requisito, habiéndose limitado a presentar únicamente como medios probatorios: a) fotos que muestran las construcciones realizadas y el congestionamiento vehicular a determinadas horas del día; b) documentos particulares que si bien ratifican los hechos expuestos, no acreditan por sí mismos una amenaza cierta y de inminente realización, ni la existencia de una vulneración directa debido a la carencia de instrumentos técnicos que además de respaldarlos reflejen un conocimiento seguro y claro, o, en su defecto, un indicio razonable y suficiente en aplicación del principio de precaución [en materia ambiental].

Al no quedar acreditada la necesidad de adoptar una medida de protección del derecho al medio ambiente, el Tribunal consideró imposible emitir un pronunciamiento a partir de conjeturas o simples insinuaciones. A nuestra consideración, en este caso debió haber señalado que el acto lesivo no era manifiesto y declarar improcedente la demanda. Al declararla infundada, impedía a futuro presentar una nueva demanda si los demandantes obtenían mayores elementos probatorios, pues el fallo desestimatorio del Tribunal implicaba otorgarle calidad de cosa juzgada a la controversia.

A pesar de tratarse de un caso que no presentó mayores complicaciones, el proceso tuvo una duración de aproximadamente dos años, pues la demanda fue interpuesta el 26 de mayo del 2005 y la publicación de la sentencia final del Tribunal se realizó el 17 de julio del 2007.

4.15 Caso río Chira (Resolución 10216-2006-AA) – 2008¹⁶⁸

Este es un caso en donde la respuesta del Tribunal Constitucional es completamente diferente a casos anteriores relacionados con el tema de los medios probatorios, en particular Proterra vs Ambev, lo cual puede obedecer en parte a que fue resuelto por otros magistrados.

La demanda respectiva fue presentada por particulares, quienes alegaban que desde “hace aproximadamente 3 años [el río] sufre una grave contaminación por la afluencia y desembocamiento de desagües, desperdicios y demás aguas servidas que se arrojan a su cauce, lo que origina la proliferación del lirio acuático o jacinto de río -planta acuática que hospeda organismos patógenos-, que acarrea grave riesgo a la salud y pone en riesgo el bienestar de toda la sociedad”.

La demanda fue interpuesta contra las siguientes autoridades: el presidente del Gobierno Regional de Piura, el alcalde de la Municipalidad Provincial de Sullana, el gerente general de la Empresa Prestadora de Servicios EPS-GRAU, el gerente general del Proyecto Chira-Piura, el jefe nacional de Recursos Naturales INRENA y el director del Hospital de Apoyo III de Sullana -Ministerio de Salud. Los demandantes específicamente solicitaron (fundamento 1 de la resolución):

- a) que el Gobierno Regional de Piura disponga de una partida de cuatro millones de soles que deberán ser utilizados para la ejecución de obras de mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable y alcantarillado; b) que la comuna emplazada destine al proyecto integral aludido el dinero otorgado por el proyecto Chira

¹⁶⁸ Resolución publicada el 8 de abril del 2008 y suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Alvarez Miranda.

Centro para el ensanchamiento de la calle Lima y la remodelación de la Plaza de Armas; así como las utilidades presentes y futuras que genere la Caja Municipal de Sullana; c) que la Empresa Prestadora de Servicios EPS Grau Sullana destine las utilidades que percibe en el proyecto citado; d) que el Inrena disponga una partida para la ejecución y materialización del proyecto integral; e) que el Proyecto Chira Piura realice una operación hidráulica para que la represa de Poechos descargue cinco millones de metros cúbicos de agua destinados a la limpieza y erradicación del lirio acuático que cubre el río, toda vez que por incremento de las lluvias aumentó su caudal a 115 millones de metros cúbicos; f) que el Hospital de Apoyo III, emplazado, adopte las medidas necesarias para que sus desechos y aguas servidas, que contienen alta carga bacteriana, no sean vertidos directamente en el río; y g) que las entidades públicas emplazadas adopten las medidas sanitarias, legales, económicas y científicas destinadas no sólo a evitar que el río Chira-Sullana se siga contaminando, sino también aquellas que materialicen su descontaminación.

A pesar de lo interesante de la controversia, el Tribunal va a limitarse a declarar improcedente la demanda, aplicando el artículo 9° del Código Procesal Constitucional, el cual señala que en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Al respecto señaló:

3. Que la documentación obrante en autos no resulta suficiente para dotar de convicción a este Colegiado respecto a los agentes causantes y el grado de la contaminación advertido en el río Chira, así como para determinar los cursos de acción más adecuados para que dicha situación cese. Para poder llegar a dar una solución adecuada al presente caso, se requiere estudios técnicos más profundos y actuales, pericias de parte o de oficio y, en fin, un conjunto de pruebas que deben actuarse en un proceso que cuente con una etapa para ello.

Lo que el Tribunal no señala es qué vía procesal podría ser utilizada por los demandantes para solicitar la protección judicial del derecho al medio ambiente por la contaminación del río Chira. Además, en comparación con el caso *Proterra vs Ambev*, en esta resolución ni siquiera se evalúa la posibilidad de relativizar los alcances del

artículo 9° del Código en atención a la finalidad de los procesos constitucionales, lo que hubiera permitido un pronunciamiento sobre el fondo de un tema particularmente delicado. Sin embargo, a favor del Tribunal podría argumentarse que los demandantes plantearon en su petitorio algunas demandas que poco o nada se relacionan con los objetivos del amparo, lo cual puede haberlos motivado a optar por la improcedencia.

4.16 Caso Cerro Verde (STC 9340-2006-PA) – 2008 ¹⁶⁹

Con fecha 18 de marzo del 2005, la Asociación Civil Autogestionaria de Servicios de Saneamiento de la Zona Cerro Verde –JAPACEV- presentó una demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas, la Sociedad Minera de Cerro Verde S.A.A y el Colegio de Ingenieros de Arequipa, a fin de proteger diversos derechos, entre ellos al medio ambiente saludable, que a su consideración estaban siendo afectados por las obras civiles realizadas en la quebrada Enlozada, en el distrito de Uchumayo, provincia de Arequipa, como parte del Proyecto de Ampliación de Sulfuros Primarios. Al respecto, solicitaba la suspensión de la ejecución de tales obras, así como de todas aquellas que contaminaran el medio ambiente.

Como se ha mencionado, en este caso la demanda fue presentada por una asociación, es decir, por una persona jurídica, la misma que fue interpuesta contra tres entidades, dos de ellas privadas y una pública. Lamentablemente, de los antecedentes del caso que aparecen en la sentencia, no queda del todo claro qué acto lesivo concreto era invocado respecto a los tres demandados. Sin embargo, en el fundamento 1 de la sentencia, el Tribunal delimita los alcances de la controversia, pues precisa que la misma se refiere

¹⁶⁹ Sentencia publicada el 27 de mayo del 2008 y expedida por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Calle Hayen.

solamente al acto imputado a la empresa Cerro Verde S.A.A: “La demanda tiene por objeto que se disponga el cese de las actividades de la Empresa Minera de Cerro Verde S.A.A., hasta que se adopten las medidas necesarias que pongan fin a la vulneración de los derechos a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para la vida de los pobladores representados por el demandante y los de la colectividad en que reside”.

Sobre la base de este argumento se puede afirmar que tanto el Ministerio y el colegio profesional demandados quedaban al margen del análisis de la controversia por parte del Tribunal Constitucional.

En la sentencia respectiva se aprecian nueve fundamentos y sólo uno está relacionado con el análisis concreto de la controversia, en el cual se señala:

8. Respecto a la presunta vulneración del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para la vida y la salud, se advierte que la Resolución N.º 438-2004-MEN-/DGA/AM (fojas 4/12) -que Aprueba el Estudio de Impacto Ambiental de la Ampliación del Proyecto Sulfuros Primarios- establece deberes tanto por la empresa demandada como para la Autoridad Minera -la evaluación y estabilidad de las filtraciones de agua en los tajos, en presas de relave y botadero de desmontes, entre otros-. Empero, estas obligaciones, de cumplimiento constante, no son condiciones previas a su ejecución, sino -por su naturaleza- son exigencias que deben ser satisfechas por los obligados durante la ejecución misma del proyecto, pues mal podría evaluarse la filtración de agua de un tajo que ha sido abierto, o el estado de los botaderos de desmonte, antes que estos se generen.

En cuanto al Informe denominado “Monitoreo de Calidad de Aire, Zona de Pueblo de Cerro Verde” expedido por DIGESA – Arequipa con fecha 6 de febrero de 2005 -cuyo mérito probatorio ofrece el demandante- se advierte que en sus conclusiones, los especialistas determinan “[...] la presencia en el aire de material particulado, se refiere marcadamente a polvo natural y en cuanto a partículas de metales pesados se perciben concentraciones similares a las de las zonas urbanas de la ciudad de Arequipa.”(fojas

26/34), por consiguiente no se acredita en autos la alegada vulneración al derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para la vida y la salud.

De la lectura de este párrafo queda en claro que la demanda resultaba infundada, como finalmente lo declaró el Tribunal, dado que el acto lesivo aún no podía concretarse pues las obras respectivas que se alegaban como atentatorias del derecho al medio ambiente todavía no se habían ejecutado, lo cual lleva a pensar que el Tribunal no delimitó adecuadamente la controversia, es decir, no precisó si se estaba ante una amenaza o una vulneración concreta del derecho fundamental. De sus propios argumentos, se deduce que el caso era ante todo una amenaza de derechos, con lo cual debió proceder a identificar si la misma era cierta e inminente. Como resultado de este análisis, hubiera concluido que no se presentaba ninguna de estas características, con lo cual la demanda debió haber sido declarada improcedente y no infundada.

De otro lado, llama la atención que en la parte resolutive de la sentencia el Tribunal haya declarado infundada la demanda “pero con la prevención referida en fundamento precedente”. Este fundamento precedente señala:

9. [...] este Tribunal debe señalar que si bien en el expediente del proceso no existen suficientes elementos de prueba para que se pueda emitir una sentencia estimatoria, ello no obsta para que el Estado, en cumplimiento de sus deberes esenciales y de atención a los principios de prevención y precaución, adopte acciones positivas para asegurar los estándares ambientales apropiados para la salud e integridad de la población en las zonas donde se realizan actividades mineras, así como el cumplimiento estricto por la empresa de la normativa que rige sus actividades y la utilización de instrumental y mecanismos modernos bajo su control, que garanticen la salud ambiental que requieren los recurrentes.

Esta mención al deber de prevención que realiza el Tribunal no guarda ninguna relación con el caso concreto, por lo que debe ser simplemente considerada como una apreciación general sobre las obligaciones del Estado en materia del derecho al medio ambiente. En este sentido, resulta incongruente que en una sentencia en que se declara infundada la demanda, es decir, en donde no se ha admitido la violación de un derecho fundamental, se condicione esa decisión a una prevención general de los derechos invocados. En caso esa prevención no se concrete, no podría afirmarse que no se está cumpliendo la sentencia, pues ésta desestimó el pedido del demandante.

Sobre los plazos debe señalarse que la demanda respectiva fue presentada el 18 de marzo del 2005, emitiéndose la sentencia de primer grado el 19 de octubre del 2005 (que declaró infundada la demanda) y la de segundo grado el 12 de setiembre del 2006 (que declaró improcedente la demanda). En el caso del Tribunal, el caso sube a su conocimiento en el año 2006 (como se aprecia de la numeración de la sentencia) y el fallo respectivo está con fecha 29 de noviembre del 2007, aunque su publicación se dio recién en mayo del año siguiente (2008). En conclusión, este caso poco complicado tuvo una duración de casi tres años.

La demora de un año en el Tribunal llama fuertemente la atención, dado que el fundamento central de la causa sobre la presunta afectación del derecho al medio ambiente se limitó a un par de párrafos (fundamento 8 de la resolución), y a la verificación de un tema muy sencillo, cual fue el contenido de dos textos referidos al proyecto que buscaba ser paralizado con la demanda, cuya revisión por parte del Tribunal no justificaba un tiempo tan prolongado para la resolución de la causa.

4.17 Caso Cordillera Escalera (STC 3343-2007-PA) - 2009¹⁷⁰

a) Aspectos generales

En el presente caso la demanda fue interpuesta para proteger el área de conservación regional “Cordillera Escalera”, ubicado en la Región San Martín. Para la mejor comprensión de la sentencia del Tribunal, es importante hacer referencia al tema de las áreas naturales protegidas, cuyo marco legal se encuentra en la Ley N° 26834 (1997), Ley de Áreas Naturales Protegidas, cuyo artículo 1° las define como “los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país”. En el mismo artículo se establece que estas áreas “constituyen patrimonio de la Nación” y que “su condición natural debe ser mantenida a perpetuidad pudiendo permitirse el uso regulado del área y el aprovechamiento de recursos, o determinarse la restricción de los usos directos”. La Ley precisa que las áreas naturales protegidas pueden ser de administración nacional, de administración regional -denominadas áreas de conservación regional; y de conservación privadas. La zona conocida como “Cordillera Escalera” es un área natural de conservación regional.

Conforme al artículo 18° de la Ley, las áreas naturales protegidas deben contar con documentos de planificación (conocidos como planes), aprobados por la autoridad competente y elaborados con la participación de los sectores correspondientes. Estos

¹⁷⁰ Publicada el 20 de febrero del 2009 y expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda.

planes, una vez aprobados por la autoridad nacional competente, constituyen normas de observancia obligatoria para cualquier actividad que se desarrolle dentro de tales áreas.

La misma Ley contempla dos planes. En primer lugar el Plan Director (artículo 19°), que debe contener los lineamientos de política y planeación estratégica de las Áreas Naturales Protegidas en su conjunto. En segundo lugar, el Plan Maestro, que es aprobado por la autoridad competente para cada área natural protegida en particular.

Conforme al artículo 20° de la Ley:

El Plan Maestro constituye el documento de planificación de más alto nivel con que cuenta un Área Natural Protegida. Serán elaborados bajo procesos participativos, revisados cada 5 años y definirán, por lo menos:

- a. La zonificación, estrategias y políticas generales para la gestión del área.
- b. La organización, objetivos, planes específicos requeridos y programas de manejo.
- c. Los marcos de cooperación, coordinación y participación relacionados al área y sus zonas de amortiguamiento.

La aprobación de los planes maestros de las áreas naturales protegidas de administración nacional corresponde a Servicio Nacional de Áreas Protegidas por el Estado (SERNANP), entidad dependiente del Ministerio de Ambiente, en cuya página web se encuentra la información disponible sobre los planes maestros aprobados.

Respecto a la aprobación de los planes maestros de las áreas naturales protegidas de administración regional, ésta corresponde a los gobiernos regionales. Sin embargo, mediante el Decreto Supremo 008-2009-MINAM, publicado el 24 de abril del 2009, se ha establecido que para tal efecto se requiere contar con “la opinión previa vinculante del SERNANP”, medida que ha sido sustentada en el reconocimiento del Ministerio de

Ambiente como el ente rector en materia de políticas ambientales¹⁷¹, pero que a su vez ha sido criticada por diversos gobiernos regionales, por considerar que limita sus competencias en materia ambiental.

En las áreas naturales protegidas no se encuentra prohibida todo tipo de actividad, incluida la explotación de recursos naturales. La misma ley se encarga de precisar que para su realización deberán observarse determinados requisitos, como que se encuentre prevista en el Plan Maestro. En este sentido, señala que el aprovechamiento de recursos naturales en estas áreas “sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área. El aprovechamiento de recursos no debe perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área” (artículo 27°). Asimismo dispone (artículo 28°) que las solicitudes para aprovechar recursos naturales al interior de las áreas naturales protegidas se tramitan ante la autoridad sectorial competente y sólo son resueltas favorablemente si se cumplen las condiciones señaladas en el artículo 27°.

En observancia de esta Ley, mediante el Decreto Supremo N° 45-2005-AG, publicado el 25 de diciembre del 2005, se calificó a la zona conocida como “Cordillera Escalera” como un área natural protegida, en la modalidad de área de conservación regional. Los considerandos de esta norma permiten tener una idea de la importancia y las características de esta zona:

[...] existe un área conocida como Cordillera Escalera, la cual cuenta con una superficie de ciento cuarenta y nueve mil ochocientos setenta hectáreas (149 870,00 ha.) ubicada

¹⁷¹ El artículo 2.2 del mencionado Decreto Supremo, si bien reconoce que corresponde a los gobiernos regionales la elaboración y aprobación de los Planes Maestros de las Áreas de Conservación Regional, señala que tal potestad debe realizarse “en el marco de las políticas de manejo de las Áreas Naturales Protegidas y de los planes nacionales de desarrollo establecidos por el Gobierno Nacional”.

en los distritos de Pinto Recodo, San Roque de Cumbaza, Caynarachi y Barranquita, pertenecientes a la provincia de Lamas; y los distritos de San Antonio, Tarapoto, la Banda de Shilcayo, Shapaja y Chazuta, pertenecientes a la provincia de San Martín, Región San Martín, que comprende una muestra significativa de los bosques nublados montanos tropicales típicos del norte del Perú, cuya conservación permitirá garantizar el mantenimiento de los actuales servicios ambientales para las ciudades de Tarapoto y Lamas;

[...] la Cordillera Escalera es una zona prioritaria para la conservación de mamíferos, anfibios, reptiles y aves ya que alberga especies de distribución muy restringida, además de ser considerada como una zona donde existe un vacío de información para diversos taxones de importancia;

[...] en la Cordillera Escalera se han registrado de acuerdo a la categorización de especies amenazadas de fauna silvestre y que prohíbe su caza, captura, tenencia, transporte o exportación con fines comerciales, aprobada mediante Decreto Supremo N° 034-2004-AG, las siguientes Especies en Peligro (EN): *Tremarctus ornatus* “Oso de anteojos”, *Aulacorhynchus huallagae* “tucancito semiamarillo”, *Grallaricula ochraceifrons* “tororoi frentiocrácea”, *Herpsilochmus parkeri* “hormiguerito garganticense”, *Vultur gryphus* “cóndor andino”, *Xenoglaux loweryi* “Lechucita bigotona”; especies Vulnerables (VU), tales como: *Heliangelus regalis* “Angel del sol azul”, *Lagothrix lagotricha* “mono choro común”, *Tapirus terrestris* “Sachavaca”, *Ara militaris* “guacamayo verde”, *Hemispingus rufosuperciliaris* “hemispingo cejirrufa”, *Netta erythropterna* “pato cabeza castaña”, *Wetmorethraupis sterrhopteron* “tangara gargantinaranja”; así como especies Casi Amenazadas (NT), tales como *Puma concolor* “puma”, *Andigema hypoglauca* “tucaneta”, *Hemitriccus cinnamomeipectus* “atrapamoscas” y *Henicorhina leucoptera* “cucarachero”;

[...] asimismo, presenta una gran riqueza paisajística donde resaltaban diversas cataratas de singular belleza como el Ahuashiyacu, Lágrimas de la Novia, Huacamaillo, Turuntunumba y Shanusi, aguas termales como las de San José; y restos arqueológicos como los Petroglifos de Polish, encontrándose rodeada por poblaciones indígenas, quechuas lamistas, challahuitas, mestizas y colonas.

Este Decreto Supremo también señala (artículo 2º) que son objetivos generales del Área conservar y proteger los recursos naturales y la diversidad biológica de los ecosistemas frágiles que se encuentran en la Cordillera Escalera, así como asegurar la continuidad de los procesos biológicos en los ecosistemas. En cuanto a los objetivos específicos,

dispone que son: a) contribuir con la zonificación ecológica y económica para el ordenamiento territorial y la gestión ambiental en la Región San Martín; b) proteger los suelos y la vegetación como reguladores del régimen hidrológico en las cuencas hidrográficas que se originan en la Cordillera Escalera, para asegurar el aprovisionamiento de agua y otros servicios ambientales en beneficio de la población involucrada; c) crear las condiciones necesarias para la realización de actividades de ecoturismo, recreativas, educativas, científicas y culturales; y d) evitar la degradación y pérdida de los recursos naturales y biológicos por destrucción de los ecosistemas frágiles.

Respecto a las actividades de aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, el Decreto Supremo (artículo 5°) señala que sólo estarán permitidas si así lo contempla el respectivo Plan Maestro, “estando sujeto también a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación”.

Con estas precisiones, corresponde ahora explicar los alcances del proceso de amparo relacionado con la zona “Cordillera Escalera”.

b) Demandante y derechos invocados

La demanda de amparo fue presentada por un particular (Jaime Bustamante Johnson) y en ella se invocaba la afectación de diversos derechos fundamentales, entre ellos el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado.

c) Demandado y acto lesivo

La demanda fue interpuesta contra tres empresas de exploración y explotación de recursos naturales: Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú y Petrobras Energía Perú S.A. En la sentencia no se señala que el Estado haya sido demandado; sin embargo, en los antecedentes del caso se da cuenta de la intervención del Procurador Público del Ministerio Público en la etapa de contestación de la demanda.

El acto lesivo fue la amenaza a los derechos invocados por parte de las empresas demandadas, a través de sus actividades de exploración y explotación en el área identificada como Lote 103, ubicado dentro del área de conservación regional “Cordillera Escalera”. De acuerdo a la sumilla de los fundamentos del demandante que aparecen en la sentencia del Tribunal, esta área:

[...] tiene especial importancia por su biodiversidad y como fuente captadora y almacenadora de agua ya que ahí nacen las tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shanusi) que son la única fuente proveedora de agua con la que cuenta la población de zonas aledañas. Manifiesta [el demandante] que la explotación petrolera implica que millones de litros de agua de producción petrolera con alta salinidad serán extraídos del subsuelo y aflorarán a la superficie contaminando y devastando el medio ambiente (principalmente el agua), pues dichas aguas saladas suelen ser vertidas a los cauces de los ríos.

Debe señalarse que al momento de presentación de la demanda, las empresas demandadas venían realizando actividades de exploración, en función a los contratos de

concesión aprobados en julio del 2004, año y medio antes de que la zona “Cordillera Escalera” sea calificada como área de conservación natural.

De otro lado, el demandante alegó el incumplimiento del artículo 27° de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, que dispone que el aprovechamiento de recursos naturales en estas áreas “sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área”.

Se aprecia, en consecuencia, que la controversia giraba en torno a la amenaza del derecho al medio ambiente y al incumplimiento de una norma legal orientada a la protección de un área natural protegida.

d) Decisiones del Poder Judicial

El Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín declaró infundada la demanda por considerar que en las conclusiones del informe técnico presentado por un perito de la especialidad de ingeniería ambiental, se señalaba que el impacto de los trabajos de exploración había sido mínimo y que no se había utilizado agua para dichos trabajos, más allá del agua para consumo humano directo del personal que laboró en las obras. Agregó que la muestra tomada para análisis de la Quebrada del río Charapillo arrojaba que el agua necesitaba tratamiento previo para el consumo humano, mas no se apreciaban niveles de contaminación relevantes o que representaran un peligro para la población de zonas aledañas.

La Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, confirmó la sentencia de primer grado. A partir de lo señalado en un informe técnico concluyó que no existía amenaza de violación al medio ambiente; y que del peritaje realizado se concluía que no se generaron impactos ambientales de envergadura, que en las operaciones de exploración realizadas por las emplazadas no se hizo uso del recurso hídrico y que no existía afectación directa o indirecta sobre el agua superficial y subterránea que atente contra el uso y consumo humano.

Las decisiones de ambos órganos jurisdiccionales estuvieron centradas en la revisión de informes técnicos, que podemos entender que fueron elaborados por encargo de las empresas demandadas.

e) Decisión del Tribunal Constitucional

Antes de analizar el fondo de la controversia, el Tribunal reiteró diversos conceptos desarrollados en su jurisprudencia, referidos a la Constitución Ecológica y al Desarrollo Sostenible. Incluso abordó el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, tema totalmente intrascendente para resolver el caso concreto. Dejando de lado estas materias, nos interesa comentar los argumentos expuestos por el Tribunal para su decisión sobre el tema de fondo.

e.1) Aspectos procesales

La demanda fue presentada contra una amenaza de afectación de derechos fundamentales respecto a dos acciones diferentes en el ámbito de la extracción de recursos naturales, cuales son la exploración y explotación. Esta última sólo puede llevarse a cabo si luego de la exploración se determina que existen recursos a explotar. La exploración y explotación toman varios años.

A partir de estas premisas, correspondía al Tribunal analizar si respecto a la exploración y explotación de recursos naturales en la zona “Cordillera Escalera” por parte de las empresas demandadas se presentaban las dos características que debe reunir una amenaza para que proceda una demanda de amparo, cual es la certeza e inminencia de afectación de derechos fundamentales. Sin embargo, en ninguna parte del fallo aparece este análisis. De haberse realizado, el Tribunal habría tenido que identificar posibles daños al medio ambiente, lo cual no aparecía acreditado por el demandante ni tampoco mencionado en los fundamentos de la sentencia. Ello se debe a que el tema central de la controversia, como el propio Tribunal finalmente lo señaló, era la inexistencia del Plan Maestro del área de conservación regional “Cordillera Escalera”.

Un tema relacionado con la amenaza de derechos que sí fue materia de pronunciamiento por parte del Tribunal fue el argumento de las empresas demandadas, en el sentido que tal amenaza no existía pues la etapa de exploración de recursos había culminado, lo que implicaba la sustracción de la materia. Sin embargo, el Tribunal refuta este argumento señalando, en base a la documentación que obra en el expediente, que todavía quedaban

pendientes muchas etapas de exploración (que abarcarían 7 años) y también de explotación (que abarcarían 30 a 40 años).

Si bien el Tribunal menciona la necesidad de evitar riesgos respecto a la afectación del medio ambiente (fundamento 53 de la sentencia), no establece una relación entre este tema y los argumentos a favor de sustentar que en el presente caso se presentaba una amenaza de derechos fundamentales.

e.2) Aspectos sustantivos

En cuanto al fondo de la controversia, el Tribunal fijó los temas de análisis en los siguientes puntos:

41. El recurrente sostiene que en el Lote 103 (área reservada para su exploración y eventual explotación) se encuentra la ACR Cordillera Escalera, área establecida mediante Decreto Supremo N.º 045-2005-AG. En tal sentido, la actividad hidrocarburífera, tanto en su faz exploratoria como de explotación, implicaría una afectación al ecosistema del área protegida; por consiguiente, vulneraría el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado.

42. En primer lugar, debe determinarse si efectivamente existe tal superposición. En segundo lugar, se debe analizar si resulta legal y constitucionalmente factible la explotación de recursos no renovables ubicados dentro del área protegida. Y por último, es menester verificar si la exploración y la explotación cumplen los requisitos previstos para efectuar dichas actividades dentro del área protegida.

El primer punto de análisis resultaba bastante sencillo pues lo que correspondía era verificar si la actividad de las empresas demandadas se realizaba dentro del área Cordillera Escalera (en adelante ACR). Al respecto, el Tribunal verifica “que gran parte

de las 149. 870,00 hectáreas de la ACR se encuentran dentro del Lote 103”, es decir, dentro de la zona de actividades de las empresas demandadas,

El segundo punto de análisis también resultaba sencillo. Si bien para el Tribunal correspondía evaluar “si resulta legal y constitucionalmente factible la explotación de recursos no renovables ubicados dentro del área protegida”, al final no llega a tanto análisis pues da respuesta a este tema revisando el contenido del artículo 27 -citado líneas arriba- de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, que dispone que el aprovechamiento de recursos naturales en estas áreas “sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área”. Por ello concluye que “en suma, la propia normativa que regula las [áreas naturales protegidas] de uso directo contempla la posibilidad de que puedan realizarse actividades extractivas, inclusive cuando se trata de recursos no renovables” (fundamento 47 de la sentencia).

El tercer tema de análisis implicaba verificar si se había cumplido con la legislación sobre las áreas naturales protegidas y el Decreto Supremo N° 45-2005-AG, que creó el área de conservación regional “Cordillera Escalera”, que disponen que el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables sólo estará permitido si así lo contempla el respectivo Plan Maestro. Este aspecto tampoco era difícil de analizar, por cuanto bastaba verificar si el Plan Maestro existía. Dado que a la fecha de resolución de la causa el Tribunal identificó que las autoridades competentes no habían aprobado dicho Plan, consideró que las actividades de exploración y explotación debían ser suspendidas.

Este último análisis del Tribunal genera la interrogante sobre si el proceso de amparo fue utilizado para proteger el contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente o si más bien sirvió para identificar el incumplimiento de una norma legal. Al respecto se debe señalar que el Tribunal no establece relación alguna entre el contenido del derecho fundamental al medio ambiente y el acto lesivo invocado. Una referencia mínima al tema aparece en el fundamento 67 de la sentencia, cuando precisa que sólo las últimas fases de una etapa de exploración “comprometen nítidamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente”. En este sentido, los argumentos principales para la resolución de la controversia estuvieron centrados en verificar el incumplimiento de la norma legal que exigía contar con un Plan Maestro para el desarrollo de actividades de exploración y extracción de recursos naturales, que como ya señalamos no era una labor muy compleja, a lo cual debe agregarse que el Tribunal reconoce –en el fundamento 67 de la sentencia- que tal omisión es imputable a las respectivas autoridades administrativas y no a las empresas demandadas.

Dado que este era el tema central de la controversia, no tienen mayor relevancia los argumentos del Tribunal sobre la necesidad de compatibilizar la protección del medio ambiente con las actividades de las empresas demandadas (fundamentos 60 y 62). El hecho que se condicione estas actividades a la aprobación a futuro de un Plan Maestro no es resultado de ningún ejercicio de ponderación sino de aplicación de lo establecido en la legislación sobre la materia.

Un tema interesante planteado por la parte demandada fue que las concesiones para la exploración y explotación de recursos se dieron antes de que se estableciera la zona

“Cordillera Escalera” como área de conservación natural. Este argumento obligaba al Tribunal a determinar si los efectos jurídicos del Decreto Supremo N° 26-2004-EM (que aprobó el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 103), publicado el 20 de julio del 2004, se veían afectados por el Decreto Supremo N° 45-2005-AG, publicado el 25 de noviembre del 2005 (que creó el área de conservación natural). Lamentablemente, los argumentos del Tribunal sobre este importante argumento de defensa de los demandados caen en la más completa generalidad:

49. [...] debe considerarse que las ANP [áreas naturales protegidas] son creadas por decreto supremo, con la aprobación del Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Agricultura, lo que implica una serie de procedimientos previos entre la región interesada en la protección especial de cierta área con el Ejecutivo. Pero el fundamento por el cual el argumento planteado por el demandante debe ceder es la relevante valoración que se debe hacer de una ANP y la profunda incidencia que una afectación grave en su entorno puede provocar en la sociedad. A ello cabría sumar las demás incidencias sociales que tal daño, de ser irreversible, generaría en la dinámica social, económica y cultural de la región. No es, entonces, un criterio temporal o cronológico el que brinda una respuesta satisfactoria en el presente caso, sino que debe preferirse un criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una ANP. De lo contrario, la normativa consentiría incoherencias que importarían un gran costo para la legitimidad de la jurisdicción.

A partir de este argumento, el Tribunal estaría concluyendo que todos los contratos celebrados por el Estado o normas emitidas aprobando concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales “ceden” –por usar los términos del Tribunal- ante las normas posteriores que establezcan áreas naturales protegidas.

f) Decisión final del Tribunal Constitucional

El Tribunal declaró fundada la demanda y determinó lo siguiente en la parte resolutive del fallo:

[El Tribunal Constitucional ha resuelto] declarar FUNDADA la demanda. En consecuencia, queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada *Cordillera Escalera* hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional *Cordillera Escalera*. En caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas.

De la revisión de esta parte resolutive de la sentencia llama la atención que no exista certeza por parte del Tribunal sobre la etapa en que se encuentran las actividades de las empresas demandadas, pues se coloca en el supuesto que se vayan a realizar (en tal caso las prohíbe) o que se estén realizando (en tal caso las suspende).

De otro lado, sea que se decretara la prohibición o la suspensión, ello hubiera sido suficiente, en atención a que ese era el objetivo de la demanda. En este sentido, era innecesario señalar que las empresas demandadas podían continuar con sus actividades si a futuro se aprobaba el Plan Maestro y se permitía en el mismo la exploración y extracción de recursos naturales.

En términos generales, la parte resolutive de la sentencia condiciona sus efectos en el tiempo, pues se trata de una resolución cuyo mandato sólo va a tener efectos hasta que

las autoridades estatales competentes, y no las partes demandadas, realicen un determinado acto (la elaboración del Plan Maestro).

El caso “Cordillera Escalera”, por lo tanto, resultaba especialmente importante por la necesidad de resolver los problemas relacionados con la competencia para la elaboración de los Planes Maestros de las áreas de conservación regional, en los cuales se determina si está permitida la realización de actividades de exploración y explotación de recursos naturales:

Esta sentencia, pone de manifiesto que el otorgamiento de derechos de uso de los recursos naturales renovables y no renovables debe incorporar mecanismos de coordinación entre el Gobierno Central y los gobiernos regionales, ya que a éstos se les ha asignado la función de definir el ordenamiento territorial de su jurisdicción y es en base a ese instrumento que deben establecerse las prioridades de uso de cada espacio del territorio. En este caso queda en evidencia que el Gobierno Regional San Martín no comparte la idea del Gobierno Central, sobre que en esta área es posible realizar el aprovechamiento de hidrocarburos.

Llamamos la atención por ello, sobre la falta de seguridad jurídica que el otorgamiento de derechos sigue generando en el Perú, donde no sólo las empresas como las de hidrocarburos reclaman frente a lo que consideran un clima de inestabilidad jurídica, sino que esto también se extiende a otras actividades, en donde concesionarios madereros, de conservación o de ecoturismo ven amenazada su inversión por el otorgamiento de derechos superpuestos a los suyos y que afectan el cumplimiento de sus obligaciones frente al Estado.

En este contexto, la resolución del Tribunal Constitucional no resuelve el problema de fondo al trasladar esta decisión a un nivel que no le corresponde. Este tema debería ser resuelto a otro nivel, por Ley del Congreso, identificando los mecanismos de coordinación entre los sectores y niveles de gobierno para definir las prioridades de uso del territorio, y con respeto a los derechos adquiridos (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental 2009).

Durante el trabajo de investigación se pudo constatar que el Gobierno Regional de Junín se encontraba elaborando el nuevo Plan Maestro, pues conforme a la Ley de Áreas Naturales Protegidas, éste debe actualizarse cada cinco años. A propósito de esta actividad y mediante el Acuerdo Regional N° 21-2011-GRSM/CR, del 7 de abril del 2011, manifestó su disconformidad con la norma que condiciona la aprobación y actualización de los Planes Maestros a la opinión vinculante del SERNANP.

g) Plazos

La demanda respectiva fue presentada el 13 de octubre del 2006 declarándose infundada mediante sentencia del 31 de enero del 2007. Con fecha 10 de mayo del 2007, la Corte Superior confirmó la decisión. La sentencia del Tribunal Constitucional, que declara fundada la demanda, lleva por fecha 19 de febrero del 2009. En este sentido, esta controversia demoró dos años y cuatro meses en ser resuelta, durante el cual no se elaboró el respectivo Plan Maestro, pues sino la demanda en el Tribunal hubiese sido declarada infundada. En este proceso, los tres pronunciamientos fueron sobre el fondo de la controversia.

4.18 Caso Parque Castilla (STC 1757-2007-PA) – 2009¹⁷²

a) Demandante y derechos invocados

La demanda fue presentada por el Comité de Defensa Ecológica del Parque “Ramón Castilla”, representado por Pedro Mackee Pírrale, con la finalidad de preservar la

¹⁷² Sentencia publicada el 14 de diciembre del 2009 y suscrita por los magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz. Los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez emitieron un voto singular.

integridad del Parque Mariscal Ramón Castilla o Bosque de Lince y la tutela del medio ambiente. Este caso tuvo notoriedad pública, como se puede apreciar en la siguiente noticia publicada el 24 de abril del 2006 en el portal web del diario *La República* (consultado el 21 de marzo del 2012):

Los vecinos de Lince han comenzado a observar lo que hace meses temían. Las obras de modificación del Parque Mariscal Castilla (un proyecto que desde que se anunció estuvo rodeado de polémica) están arrasando las zonas verdes de lo que se conoce como el tercer pulmón de Lima, según denuncia Carlos Franco, asesor del Comité de Defensa Ecológica.

Franco explicó que, según la ordenanza 525 de la Municipalidad de Lima, las áreas verdes de uso público son intangibles y no se pueden remodelar mediante la colocación de cemento, como se está procediendo para la construcción de una laguna artificial, restaurantes y otros equipamientos que "dañan las características ecológicas del área".

La misma ordenanza indica que estas zonas deben regirse por el reglamento de obras, que hubiera impedido poner cemento al parque. Pero este recién se aprobó hace 3 meses, cuando el proyecto estaba avanzado un 50%. Por ello, el alcalde de Lince, César Gonzales, ha seguido con su ejecución.

Los vecinos han acudido al Poder Judicial para pedir la paralización de las obras, pues consideran que no respetan el desarrollo de las áreas verdes y, lejos de tener un enfoque de conservación, la remodelación está dañando especies. Franco lamenta que "en lugar de llevar a cabo un acondicionamiento paisajístico, el alcalde está creando un lugar más contaminado".

b) Demandado y acto lesivo

La demanda se interpuso contra la Municipalidad Distrital de Lince y el acto lesivo fue identificado como la ejecución de obras del "Proyecto de Remodelación del Parque Mariscal Ramón Castilla o Bosque de Lince". Al respecto, resulta de interés hacer mención a los fundamentos de la demanda, tal como fueron reseñados en la sentencia del Tribunal Constitucional:

[La parte demandante] sostiene que la emplazada arbitrariamente pretende implementar la ejecución de una obra civil que implica la afectación del parque formado por un bosque de árboles que comprende aproximadamente 80,000.00 metros cuadrados de áreas verdes, ubicados en el perímetro entre los jirones Joaquín Bernal, Mariscal Guise, César Vallejo y Manuel Villavicencio, que al materializarse dicha obra afectará su estructura y conservación, así como su naturaleza y biodiversidad (aves, plantas flores, etc.) que lo integran, sea ésta en toda su extensión o en áreas específicas. Alega que para ello, eludiendo los procedimientos que las normas legales establecen, obtuvieron un estudio de impacto ambiental irregularmente elaborado por un organismo que no es técnico en la materia, el que jamás fue puesto a conocimiento de los vecinos de Lince, ni de los que colindan con el parque, pese a que estos son los afectados directos con la ejecución de la obra cuestionada. Consideran que dicha arbitrariedad les recorta su derecho de participación ciudadana.

c) Decisiones del Poder Judicial

En primera instancia, el Trigésimo Noveno Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda en el extremo referido a que la emplazada se abstenga de continuar con la ejecución de la obra cuestionada; e infundada en cuanto se procure el cese de actos violatorios del medio ambiente. Sin embargo, la declaró fundada en el extremo que solicitaba la inejecución de la parte del proyecto que implicara una afectación de las áreas ecológicas del Parque que no sean con fines de conservación y/o reforestación. La Quinta Sala Civil declaró improcedente e infundada la demanda por argumentos similares.

d) Argumentos del Tribunal Constitucional

Las obras de remodelación por parte de la municipalidad demandada habían concluido el 21 de julio del 2006, es decir, cuando el caso se encontraba en segunda instancia. Ante ello, una opción asumida por dos magistrados del Tribunal Constitucional en un voto singular fue declarar la sustracción de la materia. Sin embargo, los otros magistrados decidieron emitir un pronunciamiento sobre el fondo, en aplicación de lo señalado en el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, sobre pronunciamientos vinculantes para actos futuros. En este sentido dispusieron:

2. Previamente a la dilucidación de la controversia de autos el Tribunal Constitucional debe precisar que conforme al artículo 1 del Código Procesal Constitucional en su segundo párrafo si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. Se advierte que las obras civiles que se cuestionan fueron ejecutadas y luego de ser concluidas se inauguraron el 21 de julio de 2006, según refiere la emplazada al sustentar su solicitud de sustracción de la materia, formulada ante el juez constitucional de segundo grado.

En consecuencia, la decisión del Tribunal no va a tener efecto respecto a las obras ya culminadas sino con relación a futuras obras similares que puedan llevarse a cabo. Por ello, va a identificar qué acciones u omisiones implicaron a su entender una violación del derecho al medio ambiente. Antes de mencionarlas, es importante advertir que el Tribunal no llega a precisar si lo que ha ocurrido es un cese del acto lesivo o si el derecho ha devenido en irreparable, que son los únicos supuestos en los que corresponde aplicar el supuesto previsto en el artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

Sobre los argumentos del Tribunal, un primer aspecto de interés resulta la calificación como difusa de la protección del Parque Ramón Castillo. En este sentido, en el fundamento N° 16 de la sentencia señaló que “el Parque o Bosque Ramón Castilla de Lince, no solo, es un “parque metropolitano”, sino que, tiene la condición de bien de uso público. Consecuentemente, su protección implica tutelar bienes e intereses constitucionales de carácter difuso, toda vez, que lo titularizan todas y cada una de las personas”. Luego de ello, el análisis del Tribunal se centró en identificar problemas relacionados con la aprobación del proyecto que fue ejecutado. En este sentido señaló:

- La obligación de conservar el medio ambiente y/o preservar el daño ambiental es totalmente incongruente con ejecutar un Proyecto de Remodelación cuyo impacto ocasionará la pérdida del 2% del área total del Parque, a sabiendas que antes de la realización de las acciones de remodelación existía un déficit de 29 hectáreas de áreas verdes –como mínimo- para brindar una adecuada calidad de vida a los vecinos de Lince. La pérdida de las áreas verdes genera un desequilibrio ecológico que altera las características paisajísticas y las reservas ecológicas; en tanto que el hecho que las aves cambien su hábitat y/o migren altera el ecosistema y lesiona la armonía del medio ambiente (fundamento jurídico N° 25).
- La Constitución establece que la violación de un derecho fundamental puede originarse en una acción u omisión, de un particular o de un funcionario público. Siendo así que, la falta de prevención y las malas prácticas administrativas del gobierno local emplazado terminaron por alterar los recursos naturales y con ello la calidad de vida de los vecinos del distrito (fundamento jurídico N° 28).

- La Municipalidad Metropolitana de Lima debió actuar con mayor cautela en el ejercicio de sus atribuciones, procediendo a la efectiva protección, conservación, defensa y mantenimiento de los recursos naturales y de las especies vivas, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible, toda vez que está llamada a orientar la política ambiental y a tutelar el interés general (fundamento jurídico N° 33). Esta apreciación fue hecha por el Tribunal al constatar que la opinión favorable para la ejecución del proyecto fue dada a través de un Acuerdo de una Comisión de la Municipalidad Metropolitana de Lima y no mediante una decisión del Concejo Municipal, la cual, mediante la Ordenanza N° 525 del año 2003, había suspendido “todos los proyectos u obras que se pretendan desarrollar en el suelo y el subsuelo de un Área verde de uso Público que signifique modificar su naturaleza recreacional y/o ambiental, en tanto no cuente con la opinión favorable de la Municipalidad Metropolitana de Lima”.

De la referencia a estos fundamentos del fallo, corresponde que las autoridades identifiquen o deduzcan qué actos a futuro se encuentran obligados a no llevar a cabo, pues implicarían una afectación del derecho al medio ambiente. De especial interés es mencionar que el Tribunal aludió a una conducta de un gobierno local, la Municipalidad Metropolitana de Lima, que no intervino durante el desarrollo del proceso pero a la cual se extienden los efectos del fallo.

e) Decisión del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda respecto a la protección del derecho al medio ambiente y ordenó a la municipalidad distrital demandada no volver “a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda de amparo, bajo apercibimiento de que si procede de modo contrario se le aplicaran las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del presente [sic] Código”.

f) Plazos del proceso

La demanda fue interpuesta el 22 de setiembre del 2004 y la fecha de la sentencia de primer grado es de un año después (6 de octubre del 2005). La sentencia de segunda instancia lleva por fecha 16 de noviembre del 2007 y la del Tribunal Constitucional se emitió dos años después, con fecha 30 de noviembre del 2009, a pesar que el expediente de este caso subió a su conocimiento en el 2007, como se deduce de su número de identificación (1757-2007-PA). La publicación de la sentencia se dio el 14 de diciembre del 2009.

En total, el proceso contra las obras de remodelación de un parque en Lima duró cinco años, tiempo suficiente para que al momento de la sentencia final la obra se concluya, como ocurrió en el presente caso.

4.19 Caso *Importación de vehículos usados (STC 5961-2009-PA) - 2010*¹⁷³

A través de diferentes normas el Poder Ejecutivo ha buscado limitar la importación de autos usados, decisión sustentada en la necesidad de proteger el derecho a la salud y

¹⁷³ Sentencia publicada el 10 de junio del 2010 y expedida por el Pleno del Tribunal, conformado por los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz.

también el medio ambiente. Dado que medidas de este tipo implicaban la restricción del ejercicio de una actividad económica, contra éstas se presentaron diversas demandas de amparo, solicitando su inaplicación por considerarse contrarias a diversos derechos fundamentales. Conforme ha resuelto estos casos, el Tribunal Constitucional ha considerado que las normas cuestionadas resultan compatibles con la Constitución. Si bien son varios los casos sobre la materia, especial atención merece el que a continuación reseñamos, por cuanto el mismo fue establecido por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante, en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La demanda fue interpuesta por una persona jurídica, la empresa Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C. y el acto lesivo lo constituían cinco normas expedidas por el Poder Ejecutivo: los decretos de urgencia 079-2000 y 086-2000, los decretos supremos 045-2000-MTC y 017-2005-MTC, y el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 843. En este sentido, solicitaba la inaplicación de estas normas, con miras a que se le permita la importación de vehículos automotores usados con una antigüedad mayor de cinco años. Invocó como afectados los derechos a la libre contratación y al trabajo; y dirigió la demanda contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La Superintendencia de Administración Tributaria fue incorporada al proceso en calidad de litisconsorte facultativo pasivo.

El Juzgado Mixto de Huaycán se pronunció sobre la demanda y estableció que no tenía competencia sobre el caso, decisión que fue confirmada por la Sala revisora, ante lo cual se interpuso el respectivo recurso de agravio constitucional, con lo cual el caso llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional.

En su decisión, el Tribunal señaló que ante las dudas sobre el criterio de territorialidad para conocer la demanda de amparo, debía optarse por aquella opción que favorezca el desarrollo del proceso. En cuanto a la prescripción, estimo que la misma no era aplicable respecto a las normas impugnadas, por cuanto el acto lesivo era de tracto sucesivo. Invocó para tal efecto una decisión previa sobre la materia (sentencia 3610-2008-PA, publicada el 5 de noviembre del 2008), en la cual señaló:

13. Respecto a la excepción de prescripción formulada tanto por la Procuradora del Ministerio de Economía y Finanzas como por la del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el sentido de que el plazo para la interposición de la demanda ha prescrito, este Tribunal ha señalado en diversa jurisprudencia que procede el amparo cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (SSTC N.os 2302-2003-AA/TC, Fundamento 7; 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC).

14. En el presente caso, nos encontramos frente a normas que varían e incluyen requisitos para importar vehículos usados, esto es, limitativa de las actividades comerciales que realiza la empresa, cuyos efectos tienen una incidencia inmediata en la esfera de los derechos del recurrente, no resultando necesario acto posterior de aplicación alguno, procediendo el amparo contra ellas.

15. Consecuentemente, encontrándonos frente a una supuesta afectación de naturaleza continuada, su impugnación a través del proceso de amparo no está sujeta a plazo prescriptorio, conforme lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional.

Superado el juicio de procedibilidad, el Tribunal procedió a emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y declaró infundada la demanda. Dado que el caso se relacionaba con un tema respecto al cual identificó que existían decisiones del Poder Judicial contraria a su línea jurisprudencial, decidió emitir un precedente vinculante

sobre las normas relacionadas con la importación de autos usados. En este sentido, señaló lo siguiente en su parte resolutive:

3 [...] a. Que el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 es conforme con la Constitución, por cuanto no vulnera en forma directa ni indirecta el contenido constitucional de los derechos al trabajo y a las libertades de trabajo, de empresa, de contratación y de iniciativa privada, por lo que los decretos mencionados no pueden ser inaplicados en ninguna clase de proceso por los jueces del Poder Judicial. En tal sentido, todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo.

Algunas de estas normas habían sido ratificadas como constitucionales por el Tribunal, a pesar de lo cual eran objeto de inaplicación por algunas instancias del Poder Judicial, ante lo cual se consideró necesario establecer algunas reglas procesales especiales con miras a que se puedan cuestionar dichas resoluciones judiciales, incluyendo un plazo excepcional para impugnarlas. En este sentido, estableció el 6 de noviembre del 2008 – día siguiente de la publicación de su sentencia 3610-2008-PA en la página web- como la fecha de referencia para adoptar una decisión respecto a tales resoluciones. Al respecto señaló:

3 [...] b. Las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y

042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son eficaces y ejecutables hasta el 5 de noviembre de 2008.

A partir del 6 de noviembre de 2008, todas las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son consideradas contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y a la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que carecen de eficacia.

Para que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales firmes emitidas a partir del 6 de noviembre de 2008, que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, excepcionalmente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de su Procurador Público, tiene habilitado el plazo de prescripción previsto en el segundo párrafo del artículo 44º del CPConst. para interponer la respectiva demanda de amparo contra resolución judicial firme.

Dicho plazo de prescripción, habilitado en forma excepcional, se inicia a partir del día en que la presente sentencia le sea notificada al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En este caso, el objetivo central de la habilitación del plazo excepcional para interponer la demanda de amparo estuvo principalmente orientada a garantizar el respeto de la línea jurisprudencial del Tribunal sobre las normas que regulaban la importación de vehículos usados y, como consecuencia de ello, a lograr la vigencia plena de las normas sustentadas en la protección del derecho al medio ambiente y la salud.

En cuanto a los plazos, la demanda de amparo fue interpuesta el 5 de octubre del 2006 y las decisiones de primera y segunda instancia del Poder Judicial, que declararon improcedente la demanda, fueron expedidas el 12 de marzo del 2007 y el 15 de julio del 2008, respectivamente. La decisión final del Tribunal lleva por fecha 4 de junio del

2010, por lo que esta demanda de amparo contra normas legales tuvo una duración de casi cuatro años.

4.20 Caso Minera Yanacocha S.R.LTDA (RTC 1893-2009-PA) - 2011 ¹⁷⁴

En el presente caso la demanda fue planteada por una empresa contra una ordenanza municipal que determinó un área de conservación ambiental en el lugar donde los demandantes tienen concesiones mineras.

a) Demandante y derechos invocados

La demanda fue presentada por una persona jurídica, la empresa minera Yanacocha S.R.LTDA, que alegó la afectación de las libertades de empresa, industria, trabajo y propiedad.

b) Demandado y acto lesivo invocado

La demanda fue interpuesta contra una municipalidad. La resolución que analizamos no precisa cuál, pero en los votos singulares de los magistrados se señala que es la Municipalidad Provincial de San Pablo, del departamento de Cajamarca (dado que es la zona de actividad de la empresa demandante).

El acto lesivo lo constituyó una norma legal, en concreto una ordenanza municipal por medio de la cual se estableció una zona como área de conservación ambiental. Nos

¹⁷⁴ Resolución publicada el 12 de enero del 2011 y suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Calle Hayen.

referimos a la Ordenanza N° 001-2007-MPSP, publicada en el diario “Panorama” el 28 de febrero de 2007, que entre otras cosas resolvió declarar las zonas de Las Lagunas y de Pozo Seco como área de conservación ambiental municipal. El demandante solicitó la inaplicación de esta norma pues señalaba que tenía concesiones mineras en estas zonas, por lo que su declaración como Áreas de Conservación Ambiental Municipal le impedía ejercer los derechos que se derivaban de tales concesiones.

c) Decisiones del Poder Judicial

Aunque no se señala de forma clara en la resolución del Tribunal, es posible deducir que el recurso de agravio constitucional que llegó a su conocimiento fue presentado como consecuencia del rechazo de plano de la demanda en las dos instancias judiciales previas, por considerarse que no procedía el amparo contra normas legales.

d) Decisión del Tribunal Constitucional

El Tribunal no se pronuncia sobre el fondo de la controversia sino que señala que las instancias judiciales previas no debieron declarar de plano improcedente la demanda por cuanto en el caso concreto la norma impugnada sí constituía una norma autoaplicativa que afectaba derechos, conforme a lo dispuesto en el artículo 3° del Código Procesal Constitucional. Al respecto señaló:

4. [...] a la luz del contenido normativo de la Ordenanza Municipal N.º 001-2007-MPSP., es evidente que ésta tiene carácter autoaplicativa, debido a que la declaración de las zonas de Las Lagunas y de Pozo Seco como Áreas de Conservación Ambiental, por imperio de las consecuencias que le impone la Ley N.º 26834, genera que la Sociedad

demandante se vea afectada en sus derechos que la propiedad de las concesiones mineras le otorgan.

Es más, el artículo quinto de la ordenanza impugnada resalta que “las mencionadas zonas ecológicas en la categoría de Áreas Naturales Protegidas Complementarias para su uso de protección y conservación de especies nativas” conllevan que en ellas “como alternativa [sólo] se podrá practicar el pastoreo no intensivo y el Turismo”.

En este sentido, la decisión del Tribunal se centró en reiterar su línea jurisprudencial sobre lo que implica una norma autoaplicativa y a identificar que en el caso concreto se presentaba una norma de este tipo, la cual podía ser alegada como lesiva de derechos fundamentales. Sobre esto último, es importante anotar que el Tribunal usa la expresión “derechos que la propiedad de las concesiones mineras le otorgan”, que no es un equivalente a los derechos invocados por el demandante, que son derechos fundamentales.

La decisión de considerar a la norma impugnada como autoaplicativa generó posiciones divergentes en el Tribunal, lo cual se manifiesta en el voto singular del magistrado Eto Cruz. La generalidad con la que el voto en mayoría acepta que la norma es autoaplicativa contrasta con las precisiones que realiza el magistrado Eto para demostrar lo contrario, en donde hace referencia expresa al tema del medio ambiente como sustento de este tipo de normas adoptadas por los gobiernos locales. Uno de sus argumentos centrales es el siguiente:

8. Creemos erróneo declarar, en el presente caso, que la Municipalidad de San Pablo ha afectado el derecho de la empresa demandante a la libertad contractual cuando no se cuenta con los elementos suficientes de juicio para afirmar que la protección ambiental que pretende ejercer la entidad demandada es desproporcionada e injustificada, sobre todo cuando, como se ha encargado de demostrar el propio demandante, la declaración de zonas de conservación ambiental es un hecho que han llevado a cabo otras

municipalidades de la zona como la Municipalidad Provincial de Celendín y la Municipalidad Distrital de Matara, situación que revela un conflicto local latente, donde pueden encontrarse implicadas seriamente no sólo la conservación del ambiente natural de la zona, sino los propios elementos esenciales para el sustento de la población como el agua y el suelo. Si no se tiene, en esta sede constitucional, un panorama cierto sobre esta problemática y el impacto ambiental que puede estar generando las concesiones mineras otorgadas a la empresa demandante, mal se haría –creemos- en declarar que el establecimiento de zonas de conservación ambiental afecta el derecho a la libertad contractual de las empresas mineras, máxime si posteriormente el propio Gobierno Regional puede hacer suya la posición de las municipalidades provinciales y distritales e incluso el propio Gobierno Nacional, supuesto que estaría perfectamente legitimado si, como repetimos, la intervención de las concesiones no es arbitraria o desproporcionada.

Si bien el voto singular se inclinó por declarar improcedente la demanda, los argumentos que expuso estaban más orientados a considerar que la demanda debía ser infundada, en tanto no podía entenderse que una medida orientada a proteger determinadas áreas con fines de conservación ambiental implicara de por sí la afectación de derechos fundamentales.

e) Decisión final del Tribunal

El Tribunal resuelve revocar la resolución de segundo grado y ordenó al juez de primera instancia que proceda a admitir la demanda y resolverla dentro de los plazos legales.

f) Plazos

En la resolución no se menciona la fecha de presentación de la demanda, aunque puede presumirse que fue con posterioridad al 28 de febrero del 2007, que es la fecha de

publicación de la norma impugnada. Tampoco se cuenta con la fecha de la resolución de primer grado; en el caso de la de segundo grado, el fallo respectivo fue emitido el 19 de noviembre del 2008, habiendo subido el caso al Tribunal en el año 2009 (algo deducido por el número de expediente). La fecha de resolución del caso por este último es 10 de diciembre del 2010, siendo publicada la sentencia en enero del siguiente año (2011). En consecuencia, el proceso duró tres años aproximadamente para que al final se ordene admitir la demanda.

A modo de balance final se puede señalar que la controversia no era jurídicamente compleja, aunque sí el fondo de lo que implicaba resolverla desde un punto de vista social. En este sentido, debe señalarse que en la resolución del Tribunal Constitucional no se menciona en absoluto que uno de los objetivos de la ordenanza impugnada era proteger 284 lagunas, de diverso tamaño, que implican un área de aproximadamente 2,960 hectáreas¹⁷⁵.

Problemas similares relacionados con ordenanzas de gobiernos regionales y locales que establecen áreas de protección sustentadas en la tutela del medio ambiente, serán también de conocimiento del Tribunal Constitucional, pero a través del proceso de inconstitucionalidad, principalmente mediante demandas interpuestas por el Poder Ejecutivo y que han sido resueltas a su favor, mediante la aplicación del denominado *test de la competencia*.

¹⁷⁵ Información disponible en el enlace web: <<http://sanpablocajamarca.com/sitios-turisticos/lagunas-de-alto-peru>>.

4.21 Caso Federación Nativa de Madre de Dios (RTC 1528-2010-PA) -2011¹⁷⁶

Este caso giró en torno a una demanda de amparo presentada por un colectivo de ciudadanos de defensa de derechos de los pueblos indígenas contra dos empresas dedicadas a la actividad de extracción de recursos naturales a fin de suspender sus actividades y proteger el derecho al medio ambiente.

a) Demandante y derechos invocados

La demanda fue presentada por una persona jurídica, la Federación Nativa de Madre de Dios y Ríos Afluentes (FENAMAD), y un particular, quienes alegaban la amenaza del derecho al medio ambiente. De acuerdo con la información disponible en su página web (www.fenamad.org.pe), la Federación es la organización matriz de los pueblos indígenas de la región, fundada en 1982, y cuyo objetivo es la defensa de los derechos de estos pueblos y la promoción de planes, proyectos y acciones orientados a su bienestar.

b) Demandado y acto lesivo invocado

La demanda fue interpuesta contra las empresas Hunt Oil Exploration and Production Company of Peru y Repsol Exploración Perú S.A., sucursal del Perú. En ella se señalaba que el acto lesivo era una amenaza al derecho al medio ambiente, por lo que se solicitaba que se ordene a los emplazados suspender la exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el denominado Lote 76, dado que se encontraba en un

¹⁷⁶ Resolución publicada el 20 de enero del 2011 y expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional, conformado por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Alvarez Miranda y Urviola Hani.

área natural protegida y porque tales actividades ponían en riesgo la calidad del agua de los ríos que se encuentran dentro del área de influencia del mencionado Lote.

Si bien no se demandó a una entidad estatal, también se cuestionó que la norma que aprobó el desarrollo de las actividades de los demandados (Decreto Supremo N° 35-2005-EM) no fuera consultada a los pueblos indígenas conforme a lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

c) Decisiones del Poder Judicial

En el Poder Judicial, la resolución de primer grado se pronunció declarando la improcedencia liminar de la demanda por diversas razones, como la no identificación por parte de los demandantes de las personas afectadas con el acto lesivo invocado, la no acreditación de la amenaza al medio ambiente y porque la determinación sobre si se afectó el derecho de consulta implicaba acudir a la vía del proceso contencioso-administrativo, con lo cual entendió que correspondía aplicar el artículo 5°, inciso 2°, del Código Procesal Constitucional.

En segundo grado, la Sala respectiva declaró improcedente la demanda y nulo todo lo actuado por entender que el juez que conoció el caso no tenía competencia para ello, en aplicación de las reglas establecidas en el artículo 51° del Código. Dado que la reserva presuntamente afectada (Reserva Comunal Amaraakaeri) se encuentra en la provincia del Manu (departamento de Madre de Dios) no correspondía que la demanda sea conocida por el juez mixto de la provincia de Tambopata (ubicada también en el mismo departamento).

d) Decisión del Tribunal Constitucional

El problema procesal identificado por la Sala que conoció el caso en segundo grado fue analizado por el Tribunal a partir del contenido del artículo 51° del Código, que regula las reglas para determinar la competencia de los jueces en materia de amparo. Este artículo precisa que dicha competencia recae en el juez del lugar donde se afectó el derecho o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante.

En atención al carácter difuso del derecho al medio ambiente y al hecho que las actividades extractivas respecto al Lote 76 abarcan diferentes provincias de Madre de Dios, el Tribunal consideró que el juez mixto de la provincia de Tambopata sí tenía competencia para conocer la demanda de amparo presentada. En este sentido señaló:

6. [...] el derecho constitucional al medio ambiente es un *derecho difuso*, es decir, según la definición que da el Código Procesal Civil (artículo 82°), “aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial”. Entonces, como la titularidad del derecho al medio ambiente corresponde a un conjunto indeterminado de personas, no puede sostenerse que el lugar donde se puede haber afectado el derecho es exclusivamente la provincia de Manu, donde se encuentra la Reserva Comunal Amarakaeri, pues también, en virtud de la indeterminación de la titularidad del mencionado derecho, puede éste verse afectado en otros lugares que igualmente resultan indeterminados, en razón de la naturaleza difusa del derecho cuya protección se reclama.

A la vez, el Tribunal evaluó el razonamiento empleado por el juez de primer grado de aplicar el artículo 5°, inciso 2°, del Código Procesal Constitucional para declarar improcedente la demanda respecto a la tutela del derecho al medio ambiente. En este

sentido, señaló que esta protección debe darse a través del amparo y que en caso de duda se debe continuar con el desarrollo del proceso constitucional. La razón por la cual el Tribunal se pronunció sobre este tema puede estar relacionada con la necesidad de evitar que un posterior pronunciamiento del órgano competente para conocer la demanda, se sustente en la incorrecta aplicación del citado artículo del Código.

e) Decisión final del Tribunal

El Tribunal resolvió revocar la resolución de segundo grado y ordenó al juez de primera instancia que proceda a admitir la demanda. Lo particular de esta parte resolutive es que el Tribunal ordenó correr traslado de la misma al emplazado, pero también “a los que, a criterio del juzgador, puedan verse afectados con la decisión a recaer en el proceso”.

f) Plazos

La demanda respectiva fue presentada el 9 de setiembre del 2009, siendo emitida la sentencia de primer grado el 30 de setiembre del mismo año y la de segundo grado el 12 de marzo del 2010. La fecha de la resolución del Tribunal es 21 de octubre del 2010, siendo publicada la sentencia en enero del siguiente año (2011). En consecuencia, este proceso duró dos años aproximadamente para que sólo se dilucide la duda sobre el juez competente para conocer el caso -que al final fue el mismo que en un primer momento conoció la demanda- y se ordene admitirla a trámite.

Si la amenaza al derecho al medio ambiente era cierta e inminente, la afectación a este derecho, dos años después de presentada la demanda, debe haberse concretado.

Esta controversia –en cuanto al aspecto procesal reseñado- era levemente compleja, dado que la resolución de la misma implicaba evaluar los alcances difusos de un derecho como el medio ambiente a fin de determinar que su protección puede ser asumida por diversos órganos jurisdiccionales.

4.22 Caso Asociación Protectora de Animales y Reservas Ecológicas - OTIMAK (STC 3341-2010-PA)¹⁷⁷ - 2011

Este caso gira en torno a una demanda de amparo presentada por una asociación dedicada a albergar animales abandonados, como perros y gatos, contra la decisión de una Municipalidad Distrital de Ventanilla, Callao, de clausurar el local donde desarrollaba estas actividades.

a) Demandante y derechos invocados

La demanda fue presentada por una persona jurídica, la Asociación Protectora de Animales y Reservas Ecológicas - OTIMAK, que alegaba la amenaza de diversos derechos de índole procesal y también el derecho al medio ambiente. En el presente análisis nos centraremos en este último tema.

De acuerdo con la información disponible en su página web (<http://www.apareom.org/>) la Asociación demandante, fundada en el año 2000, tiene entre sus objetivos brindar protección a los animales domésticos y/o silvestres en estado de abandono o en cautiverio inadecuado, así como crear, recuperar y preservar las zonas declaradas como

¹⁷⁷ Resolución publicada el 23 de marzo del 2011 y expedida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional integrada por los magistrados Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz.

reservas ecológicas, parques nacionales y otros. El mismo sitio web permite apreciar que sus actividades se centran en ambos aspectos. La particularidad de este caso radica en el hecho que la demanda es interpuesta a favor de una entidad que alegaba que sus actividades se realizaban a favor del derecho al medio ambiente; sin embargo, como se verá más adelante, tales actividades -a su vez- fueron identificadas como lesivas de tal derecho.

b) Demandado y acto lesivo invocado

La demanda fue interpuesta contra la Municipalidad Distrital de Ventanilla, Callao. Se señaló que el acto lesivo estaba constituido por la ejecución de la medida cautelar de clausura temporal del local de funcionamiento de la Asociación, efectivizada el 19 de diciembre del 2007.

c) Decisiones del Poder Judicial

La sentencia de primer grado declaró fundada la demanda en tanto se consideró afectada una garantía del debido proceso. La segunda instancia la declaró infundada al considerar que la Asociación no contaba con licencia municipal para funcionar.

d) Decisión del Tribunal Constitucional

En lo que respecta al derecho al medio ambiente, el Tribunal reiteró su contenido constitucional y resolvió la controversia sobre la base del siguiente razonamiento:

5. [...] la demandante sostiene que [...] la clausura de su establecimiento imposibilita la actividad ecológica y ambientalista que realiza, que comprende el mantenimiento de un gran número de plantas, como parte de la implementación de un vivero popular, y el albergue a canes, gatos, tortugas, monos, avestruces y otros animales silvestres. Al respecto, este Colegiado estima pertinente enfatizar que en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales, existiendo circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de otros, atendiendo a finalidades superiores del mismo ordenamiento constitucional. Desde esta perspectiva, si el respeto a los derechos invocados en la demanda supone menoscabar los derechos a la salud y a un medio ambiente sano de los vecinos, convirtiéndolos en irreparables, es evidente que deben prevalecer estos últimos, por estar vinculados al principio de protección al ser humano, consagrado en el artículo 1.º de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y sin cuya vigencia carecerían de sentido todos los demás derechos constitucionales.

Sin embargo, salvo la identificación de los posibles derechos que podrían verse afectados por la actividad de la parte demandante, no hay ningún argumento del Tribunal orientado a demostrar que las labores llevadas a cabo por la Asociación implicaban una afectación del derecho a la salud y al medio ambiente de los vecinos, o la posibilidad de su irreparabilidad. El único argumento que utiliza el Tribunal para declarar infundada la demanda respecto a este extremo es que la Asociación no cumplía con los requisitos exigidos por la Ley N° 27265 - Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres mantenidos en Cautiverio, publicada el 22 de mayo del 2000- y que la municipalidad demandada cuenta con competencias para adoptar medidas de clausura.

En este sentido, el Tribunal determinó la prevalencia de los derechos de los demás por encima de los de la Asociación, en tanto ésta no cumplió con determinados requisitos legales para funcionar y por ser competencia de los municipios supervisar el

funcionamiento de locales que podrían afectar la tranquilidad y salud de los vecinos. En la sentencia, no se evalúan las consecuencias de clausurar un local dedicado a la custodia de animales abandonados, que podemos asumir que quedaron nuevamente en esa condición como consecuencia de la sentencia.

e) Decisión final del Tribunal

Sobre la base de los argumentos antes expuestos el Tribunal declaró infundada la demanda.

f) Plazos

La demanda fue presentada el 8 de enero del 2008, resuelta en primer grado el 13 de julio del 2009 y en segundo grado el 13 de mayo del 2010, es decir, la controversia tuvo una duración de casi dos años y medio en el Poder Judicial. La sentencia del Tribunal Constitucional fue expedida el 4 de marzo del 2011, siendo publicada la sentencia en el mismo mes. En total, el proceso duró tres años y dos meses.

4.23 Caso Sedapal y Proyecto Interceptor Norte (RTC 5111-2008-PA)¹⁷⁸ - 2011

Este caso gira en torno a la demanda de amparo presentada por la empresa estatal Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) contra dos sentencias de amparo. El objetivo de la demanda era ordenar su inaplicación.

¹⁷⁸ Resolución publicada el 6 de marzo del 2011 y expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani.

a) Antecedentes

Las aguas servidas de Lima se concentran en diversos colectores y de allí son descargadas al mar, sin ser tratadas adecuadamente, razón por la cual generan contaminación. Ante esta situación, en el año 2006 Sedapal decidió construir el denominado *Interceptor Norte*, con miras a implementar un proceso de tratamiento. Sin embargo, la segunda etapa del proyecto, que implicaba la construcción de la respectiva Planta de Tratamiento y el emisor submarino, no se llegó a concretar por falta de presupuesto. Precisamente, las sentencias que van a ser cuestionadas a través del proceso de amparo ordenaron la paralización del proyecto *Interceptor Norte* hasta que se construya la Planta de Tratamiento.

Posteriormente, en el año 2008, se presentaron serios problemas con uno de los colectores de las aguas servidas y ello llevó a Sedapal a presentar la demanda de amparo, para dejar sin efecto la prohibición ordenada por los jueces. En el 2010 se inició la construcción de la Planta de Tratamiento (conocida como Planta de Tratamiento de Taboada).

b) Demandante y derechos invocados

La demanda fue presentada por la empresa estatal SEDAPAL¹⁷⁹ con la finalidad de proteger el derecho al medio ambiente, a la propiedad y a la vida e integridad física de las personas que habitan cerca del colector de aguas servidas dañado (Colector

¹⁷⁹ De acuerdo a la información disponible en su página web (www.sedapal.com.pe), Sedapal es una empresa estatal de derecho privado constituida como sociedad anónima, creada en 1981 mediante el Decreto Legislativo N° 150. Se rige por lo establecido en su Estatuto, la Ley General de Sociedades, Ley 26887, las disposiciones que rigen las entidades prestadoras de saneamiento y demás normas aplicables.

Costanero). En su resolución, el Tribunal Constitucional consideró que la empresa contaba con legitimidad para presentar la demanda respectiva, conforme a lo estipulado en el artículo 40° del Código Procesal Constitucional, que señala que “puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los derechos referidos”. Además, el Tribunal precisó que en tanto la empresa demandante tiene entre sus competencias y deberes la protección de la vida, la salud y el medio ambiente, se encontraba facultada para utilizar los recursos judiciales que sean necesarios para impedir la afectación de estos derechos (fundamento 3 de la resolución)

c) Demandado y actos lesivos

Tratándose de un caso relacionado con la protección del derecho al medio ambiente, el mismo es bastante singular pues estamos ante una demanda de amparo contra resoluciones judiciales, en su modalidad de amparo contra amparo, por lo que los demandados fueron magistrados del Poder Judicial, por emitir sentencias que impedían la adopción de medidas favor del medio ambiente.

Las sentencias de amparo cuestionadas fueron dictadas a favor de dos personas jurídicas (Pesquera Capricornio S.A. y el Sindicato Pesquero del Perú) y ambas ordenaron al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y a SEDAPAL abstenerse de poner en ejecución la Primera Etapa del denominado *Proyecto Interceptor Norte* hasta que se encuentren en funcionamiento la Planta de Tratamiento de aguas residuales y el emisor submarino. Para Sedapal, el cumplimiento de lo dispuesto en ambas resoluciones

judiciales, emitidas en los años 2006 y 2007, impedía hacer frente a los problemas ocurridos posteriormente en el año 2008 (relacionados con los daños en el Colector Costanero), que amenazaban los derechos invocados en la demanda. Esta nueva situación fue descrita en la resolución del Tribunal de la siguiente manera:

1. [...] con fecha 4 de marzo de 2008, debido a una filtración en la parte alta de la tubería del Colector Costanero, el terreno se saturó de agua, ocasionando un desprendimiento de terreno de unos 4000 m³, parte del cual cayó sobre la tubería y la protección instalada. Asimismo, con fecha 5 de marzo de 2008, se produjo el desprendimiento de la ladera colindante al buzón del Colector con un volumen aproximado de 3500 m³. Dichos desprendimientos de terreno –aduce la demandante– han generado una presión sobre la estructura del Colector, con las consiguientes fugas de agua y el riesgo de socavar el terreno en su conjunto; todo lo cual haría colapsar al Colector, a la propia Avenida Costanera y a las viviendas aledañas en un radio de 100 ms. Según el demandante dicha amenaza grave e inminente de los derechos fundamentales invocados sólo puede ser impedida si, suspendiendo temporalmente la ejecución de las sentencias mencionadas, se le permite usar las tuberías del Proyecto Interceptor Norte con el objeto de desviar las aguas servidas desde San Miguel hasta el Callao.

Así descritos los hechos, queda la duda sobre si para hacer frente a los nuevos problemas resultaba necesario presentar una demanda de amparo contra las resoluciones judiciales que impedían ejecutar la Primera Etapa del Proyecto *Interceptor Norte*. A nuestra consideración, Sedapal debió iniciar las actividades respectivas de protección de los derechos amenazados, ante lo cual seguramente se hubiera reclamado el incumplimiento de las sentencias de amparo, escenario en el cual recién se discutiría si se estaba ante un incumplimiento de la sentencia, para lo cual se evaluarían los nuevos hechos ocurridos.

d) Decisiones del Poder Judicial

La resolución de primer grado, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, declaró improcedente la demanda por considerar que había sido interpuesta fuera del plazo previsto en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional para presentar un amparo contra resoluciones judiciales. En su resolución, el Tribunal señaló que el respectivo plazo no debía computarse desde el momento en que se emitieron las sentencias de amparo sino desde que se produjo el daño en el Colector Costanera, porque es a partir de ese momento que se puede alegar que la ejecución de las resoluciones cuestionadas devinieron en inconstitucionales (fundamento 4). Sin duda, una interpretación poco convincente, resultado de buscar una respuesta al tema de fondo a sabiendas que el plazo para impugnar un amparo a través de otro amparo ya había vencido en exceso.

La resolución de segundo grado, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, declaró improcedente la demanda por considerar que las cuestiones planteadas por Sedapal debían ser discutidas al interior de los procesos de amparo donde fueron emitidas las sentencias cuya inaplicación se solicitaba. Lo que no se señala es qué mecanismo procesal podía ser empleado para lograr tal objetivo, pues el proceso ya se encontraba concluido y la sentencia había adquirido la calidad de cosa juzgada.

Como hemos señalado, no correspondía que Sedapal presentara una nueva demanda de amparo. Sin embargo el Tribunal va a tener una posición diferente, al considerar que sí correspondía iniciar un amparo contra amparo, citando para tal efecto lo dispuesto en la sentencia 4063-2007-PA (caso José Fernández Ordinola, publicada el 12 de mayo del

2010). En esta decisión el Tribunal señaló que si bien los presupuestos que habilitan el amparo contra amparo han sido configurados “bajo la lógica de que lo que se cuestiona en sede constitucional es una sentencia emitida en un anterior proceso constitucional, nada impide invocarl(os) cuando, como ocurre en el caso de autos, el proceso se torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, incluso en la de ejecución de sentencia”.

e) Decisión del Tribunal Constitucional

El Tribunal discrepó de las resoluciones emitidas por las instancias previas del Poder Judicial y señaló que en el presente caso sí procedía presentar una demanda de amparo para evaluar si las sentencias judiciales del 2006 y 2007 afectaban –a partir de los hechos nuevos ocurridos en el 2008- los derechos invocados en la demanda. Sin embargo, no llegó a revisar el fondo de la controversia sino que ordenó que se admita a trámite la demanda presentada por Sedapal, a pesar de que en el fundamento 6 de la sentencia describe los elementos probatorios presentados y que pudieron ser evaluados para dar una respuesta rápida y contundente al caso, acorde con los derechos que se buscaban proteger. En el citado fundamento señaló:

6. [...] en el caso de autos, la empresa demandante ha adjuntado medios probatorios con el objeto de demostrar que se han presentado hechos nuevos que convertirían, como ya se dijo, en inconstitucional la continuidad de la ejecución de las sentencias de los órganos jurisdiccionales del Callao. Así, ha anexado al expediente tanto copia del Informe N° 02 VII-DITERPOL-PNP (fojas 43 del cuaderno principal), donde se constata el desprendimiento de terreno en las inmediaciones del Colector Costanero, como copia del Informe de Estimación de Riesgo al Colector ubicado en el Distrito San Miguel N° 008-2008-INDECI/10.2 (fojas 51 al 65), donde se estima el riesgo en que se encuentra el Colector Costanero, además de otra serie de medios probatorios. Quedando

entonces determinado que era necesaria una evaluación de fondo de estos hechos nuevos y del riesgo grave que suponía para los derechos fundamentales invocados de los pobladores que circundan el Colector Costanero el deterioro de su estructura, así como la solución única que supondría, para evitar dicha afectación, el empleo del Proyecto Interceptor Norte en el Callao, resulta evidente que la demanda de amparo debió admitirse a trámite, a efectos de efectuar una ponderación adecuada entre proseguir con el cumplimiento estricto de lo decidido por los órganos jurisdiccionales del Callao en las sentencias referidas, o suspender el cumplimiento del mandamus contenido en dichas sentencias con el objeto de proteger los derechos fundamentales invocados por la empresa demandante.

Por lo demás, este proceso de ponderación, dada la urgencia del caso y la gravedad de los daños que puedan producirse como consecuencia de la continuación en la ejecución de las sentencias referidas, no excluye la posibilidad de que el juez constitucional de primera instancia otorgue una medida cautelar, siempre que las circunstancias concretas, debidamente consideradas, así lo requieran.

A nuestra consideración, los elementos probatorios presentados por Sedapal debieron haber llevado al Tribunal a un análisis mayor de la controversia a fin de emitir una sentencia sobre el fondo del problema. De considerar que efectivamente se presentaba una amenaza a los derechos al medio ambiente, vida, integridad y propiedad, hubiese podido declarar fundada la demanda, ordenando la suspensión de los efectos de las sentencias de amparo cuestionadas (decisión que de todos modos sería algo singular). Si no se acreditaba la amenaza de derechos fundamentales, pudo declarar infundada la demanda. Sin embargo, el Tribunal optó por resolver este caso centrándose en aspectos de forma.

f) Decisión final del Tribunal Constitucional

El Tribunal ordenó a la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao que admita a trámite la demanda y que integre en la relación procesal a las personas

jurídicas que obtuvieron a su favor las sentencias que mediante el presente amparo buscaban ser inaplicadas. Precisamente, será la omisión de esta integración procesal lo que llevó al Tribunal a considerar que se había producido un vicio en el proceso, por lo que procedió conforme a lo dispuesto en el artículo 20° del Código Procesal Constitucional, el cual señala: “Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo”.

g) Plazos

La demanda de amparo fue presentada por Sedapal el 7 de marzo del 2008, siendo declarada improcedente en primer grado el 11 de marzo del 2008 y en segundo grado el 5 de agosto del 2008. En consecuencia, a nivel del Poder Judicial este caso duró sólo cinco meses. La demora se produce en el Tribunal por cuanto el caso sube a conocimiento de este órgano en el 2008 (como se deduce del número de expediente) y recién se emite la respectiva resolución final el 19 de abril del 2011, es decir, más de dos años después. Lo más grave es que al final no se resuelve el fondo del asunto sino que la demanda respectiva sea admitida a trámite.

Si se toma en cuenta que el objetivo de la demanda era hacer frente a la amenaza de violación de derechos fundamentales, es muy probable al emitirse el fallo del Tribunal los derechos hayan devenido en irreparables o, por el contrario, que se haya verificado que la amenaza no era cierta ni inminente. En todo caso, de ello sólo pueden dar fe las

personas que viven o trabajan en la zona que Sedapal buscaba proteger y que seguramente no estuvieron enterados de este proceso.

4.24 Municipalidad Distrital de Barranquita (STC 323-2011-PA)¹⁸⁰ - 2011

Este caso giró en torno a la demanda de amparo presentada por una entidad estatal (la Municipalidad Distrital de Barranquita) contra otras dos entidades estatales (el Ministerio de Agricultura y la Dirección Regional de Agricultura de San Martín), y una empresa privada (Palmas del Oriente S.A). La importancia del caso radica en que el acto lesivo se relacionaba con la venta de 3,000 hectáreas de bosques ubicados en el Distrito de Barranquita, decisión que generó una fuerte oposición de los pobladores de esta zona, perteneciente a la provincia de Palmas, Región San Martín. Otro dato interesante a considerar es que la empresa demandada pertenece al Grupo Romero, uno de los más importantes grupos económicos del país.

La revisión de la sentencia, bastante breve en sus fundamentos, no permite identificar que detrás de la misma existe todo un conflicto socio-ambiental. Por ello, para la mejor comprensión de la importancia del caso, corresponde realizar de forma previa algunas precisiones.

De un lado, corresponde hacer referencia a la información disponible en la página web del Grupo Palmas (www.palmas.com.pe), en donde se señala que en 1979 un grupo de empresarios inició un proyecto para desarrollar, cultivar e industrializar la palma aceitera en la Amazonía peruana, para lo cual fundaron Palmas del Espino en el distrito

¹⁸⁰ Sentencia publicada el 7 de junio del 2011 y expedida por una Sala del Tribunal Constitucional integrada por los magistrados Eto Cruz, Vergara Gotello y Urviola Hani.

de Uchiza, provincia de Tocache, departamento de San Martín. En 1982 se inició la plantación de las primeras 600 hectáreas. En el año 2006, se constituyó un nuevo proyecto productivo de palma aceitera: Palmas del Shanusi, ubicado en la localidad de Yurimaguas, provincia de Alto Amazonas, en Loreto. En el mismo año, como parte de su plan de crecimiento y diversificación hacia el rubro de los biocombustibles, el Grupo Palmas adquirió 3,000 hectáreas en el valle del Caynarachi para desarrollar el proyecto Palmas del Oriente, ubicado en la provincia de Lamas, región San Martín.

De otra parte, corresponde señalar que respecto a este último proyecto existe una fuerte oposición. En cuanto a temas ambientales se refiere, las autoridades locales y regionales han manifestado que el proyecto implica la deforestación de los bosques y que la siembra de la palma aceitera genera efectos negativos en la tierra. Ello explica las razones de la interposición de la demanda de amparo que a continuación comentaremos.

a) Demandante y derecho invocados

La demanda fue presentada por una municipalidad provincial (la Municipalidad Distrital de Barranquita) alegando la amenaza de los derechos al debido proceso, a la defensa, a no ser sometido a procedimiento distinto al previsto por ley, al principio de legalidad y al medio ambiente. A efectos del presente trabajo nos centraremos en el tema de la protección del derecho al medio ambiente, el cual se consideraba afectado por la resolución ministerial que autorizaba la venta de 3,000 hectáreas de bosques. En este caso se aprecia la decisión de un gobierno local de asumir la defensa de un derecho colectivo.

b) Demandado y acto lesivo

La demanda fue interpuesta contra dos entidades estatales (el Ministerio de Agricultura y la Dirección Regional de Agricultura de San Martín) y una empresa. El acto lesivo estaba constituido por la Resolución Ministerial N° 255-2007-AG, de fecha 20 de marzo de 2007, emitida por el Ministerio de Agricultura, mediante la cual se adjudicó en venta a la empresa Agrícola del Caynarachi S.A.¹⁸¹ un total de 3,000 hectáreas de bosques ubicados en el Distrito de Barranquita, operación que fue concretada por la Dirección Regional de Agricultura de San Martín, que suscribió la correspondiente minuta con fecha 27 de marzo de 2008. Respecto al derecho al medio ambiente, la parte demandante alegó que la adjudicación de tierras se realizó sin contar con el respectivo estudio de impacto ambiental previsto en los artículos 8° del Decreto Ley N.° 613, Código del Medio Ambiente, y 2° de la Ley N.° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.

Al respecto se debe señalar que si bien la demanda fue interpuesta también contra la empresa a favor de la cual se autorizó la venta de 3,000 hectáreas de bosque, no se precisó en concreto cuál era el acto lesivo atribuible a ésta.

c) Decisiones del Poder Judicial

El Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín declaró improcedente la demanda, por considerar que con posterioridad a la fecha de su interposición, la recurrente acudió ante el Juzgado Mixto de Lamas solicitando la nulidad del acto jurídico contenido en la

¹⁸¹ La empresa Palmas del Oriente S.A era anteriormente conocida como Agrícola del Caynarachi S.A.

Resolución Ministerial N.º 255-2007-AG, con lo cual se configuraba la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 3º, del Código Procesal Constitucional, que dispone la improcedencia de las demandas de tutela de derechos cuando “el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional”. Al respecto, se aprecia un error en la aplicación de esta causal de improcedencia, por cuanto el supuesto que aquí se recoge es que la demanda de amparo haya sido interpuesta luego –mas no antes- de haberse iniciado otro proceso con similar objetivo.

Por su parte, la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto revocó el auto de saneamiento procesal expedido por el Juzgado y declaró fundada la excepción de prescripción planteada por el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Agricultura, y en consecuencia nulo todo lo actuado y concluido el proceso. Esto seguramente se debió al hecho que la resolución cuestionada era de mayo del 2007 y la demanda recién se interpuso un año después.

Ambas decisiones reflejan que no necesariamente los órganos jurisdiccionales que pertenecen a una jurisdicción donde se aprecia un conflicto social emiten un fallo acorde con las exigencias ciudadanas, lo que para algunos puede reflejar un signo de independencia en la resolución de las controversias de índole jurídica y, para otros, una forma de evadir la expedición de una sentencia con un impacto social y económico importante.

d) Decisión del Tribunal Constitucional

El Tribunal discrepó con las decisiones adoptadas por el Poder Judicial sobre las causales de improcedencia. Respecto al artículo 5, inciso 3, del Código, señaló que hubo un error en su aplicación, pues no había quedado acreditada la existencia de una “vía paralela”. Al respecto señaló:

3. [...] es jurisprudencia consolidada de este Tribunal el criterio según el cual la configuración de las llamadas *vías paralelas* sólo opera cuando el proceso ordinario sea seguido entre las mismas partes, exista identidad de hechos y se persiga el mismo tipo de protección idónea y eficaz que en el amparo. En ese sentido la mencionada *vía paralela* surge cuando el actor tiene a su disposición dos o más acciones judiciales para reparar el agravio a un derecho constitucional, de modo que si opta por cualquiera de ellas, la de amparo deviene improcedente porque se acudió a la vía judicial ordinaria.

4. En dicho contexto resulta evidente que la aludida causal de improcedencia no resulta aplicable al caso de autos, pues el artículo 5.3° del Código Procesal Constitucional es sumamente claro al señalar que aquélla opera “cuando el agraviado haya recurrido **previamente** a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional” (énfasis agregado). Sin embargo, de la resolución y el recurso de apelación que corren a fojas 415 a 419, en los que se apoya el juzgador para arribar a tal conclusión, no es posible advertir con total certeza si la comuna recurrente acudió previamente a la vía ordinaria, y si el objeto de la demanda de nulidad de acto jurídico es el mismo que el del proceso de amparo de autos. Por tanto la decisión del Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín, que declara improcedente la demanda por considerar que se ha recurrido a una supuesta vía paralela, resulta errada.

En cuanto a la prescripción, el Tribunal señaló que no correspondía su aplicación, por cuanto el acto lesivo era uno de tracto sucesivo. En este sentido señaló:

6. [...] a juicio de este Colegiado y al margen del cuestionamiento de la resolución ministerial emitida por la autoridad emplazada, la supuesta afectación del derecho al medio ambiente alegada por el demandante constituye un *acto continuado* o de tracto sucesivo, lo que equivale a decir que su cuestionamiento no está sujeto al plazo prescriptorio establecido en el primer párrafo del artículo 44° del Código Procesal Constitucional, sino al dispuesto en su inciso 3), el cual señala que “si los actos que

constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución”, supuesto este último que, en el caso de autos, no se habría producido.

Lo que no queda claro del argumento del Tribunal es si todo acto lesivo del derecho al medio ambiente cabe ser calificado como continuado o si en este caso particular puede ser considerado como tal, en atención al contenido de la resolución administrativa impugnada, que adjudicó en venta terrenos de bosques. Esta duda se genera como consecuencia del uso de la expresión “al margen del cuestionamiento de la resolución ministerial emitida por la autoridad emplazada”.

En cuanto al tema de fondo, referido a la protección del derecho al medio ambiente, el Tribunal señaló solamente lo siguiente:

11. Respecto a este extremo del petitorio el Tribunal Constitucional estima que tampoco resulta atendible, toda vez que a fojas 397 obra la Resolución de Dirección General N.º 047-09-AG-DVM-DGAA, emitida por la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Agricultura, su fecha 16 de noviembre de 2009, que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental “Proyecto Palmas del Oriente” presentado por la empresa Agrícola del Cayanarachi S.A. Asimismo a fojas 567 obra la Resolución Directoral Regional N.º 021-2010-GRSM/DRASAM, emitida por la Dirección Regional Agraria de San Martín, su fecha 22 de enero de 2010, que declara la nulidad de la Resolución Administrativa N.º 208-2008-INRENA-IFFS-ATFFS-SAN MARTÍN, que autorizaba a la mencionada empresa el cambio de uso en tierra con cobertura boscosa del predio “Palmas del Oriente”, por considerar que dicha resolución había sido emitida sin la presentación oportuna del respectivo estudio de impacto ambiental. En consecuencia si bien al momento de la interposición de la demanda pudo haber existido una afectación del derecho al medio ambiente, sin embargo a la fecha de vista ante este Tribunal, el Estudio de Impacto Ambiental materia de la demanda ya se presentó y aprobó, tornándose en inexistente el acto lesivo; sin perjuicio, desde luego, de las responsabilidades administrativas o de otra índole a que hubiere lugar, pero que no pueden ser materia de protección a través del proceso de amparo incoado.

12. A mayor abundamiento es preciso indicar que a fojas 1 y 2 corre copia de la cuestionada Resolución Ministerial N.º 255-2007-AG, materia del presente proceso, cuyo artículo 2º resuelve aprobar el Estudio de Factibilidad denominado Palmas del Oriente “*cuya ejecución se califica de interés nacional*”, razón por la cual el argumento de la comuna demandante en torno a la inexistencia de esta declaración carece totalmente de asidero.

En este sentido, para el Tribunal el tema central de la controversia se circunscribió a verificar si se habían cumplido las exigencias previstas en la legislación sobre la protección del medio ambiente. Al respecto reconoce que al momento de la interposición de la demanda (22 de mayo del 2008) ello no había ocurrido, pero que luego el tema fue subsanado (mediante la resolución administrativa del 16 de noviembre del 2009 a la que hace referencia en la sentencia). De acuerdo con esta argumentación, y en sus propias palabras, hubo una afectación temporal del derecho al medio ambiente, que estuvo vinculada con el incumplimiento de las exigencias legales sobre la realización de estudios específicos de impacto ambiental. Según el Tribunal, dicha afectación dejó de producirse durante el transcurso del proceso; sin embargo, en tal supuesto la demanda debió haber sido declarada improcedente, y no infundada como lo hizo el Tribunal, por haberse producido el cese del acto lesivo.

e) Plazos

La demanda de amparo fue presentada el 22 de mayo del 2008 y la resolución de primer grado, declarando improcedente la demanda, se produjo el 20 de julio del 2010. La resolución de segunda instancia, que declaró la improcedencia pero por una causal diferente, fue emitida el 10 de diciembre del 2010. La fecha de la sentencia del Tribunal es 25 de mayo del 2011. En consecuencia, el pronunciamiento por la improcedencia de

la demanda en el Poder Judicial demoró dos años y siete meses, habiendo sido el caso resuelto con bastante rapidez por el Tribunal Constitucional.

f) Proceso de amparo conexo

Es de interés señalar que la empresa Agrícola del Caynarachi S.A –nombre anterior de Palmas del Oriente S.A.- interpuso una demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Barranquita a fin de que se abstenga de realizar todo acto orientado a cuestionar la Resolución Ministerial N° 255-2007-AG. También invocaba que con tales actos la municipalidad pretendía desconocer los alcances de la sentencia que declaró infundada una demanda de amparo presentada por el Gobierno Regional de San Martín contra dicha empresa respecto a la misma resolución ministerial. La empresa alegó la afectación de los derechos a la cosa juzgada y seguridad jurídica, entre otros.

La demanda respectiva fue presentada el 29 de enero del 2010, pocos días después que el Gobierno Regional de San Martín, a través de su Dirección Regional de Agricultura, expidiera la Resolución Directoral Regional N° 021-2010-GRSM/DRASAM, declarando la nulidad de la resolución administrativa que autorizó el cambio en uso de tierra con cobertura boscosa en el predio denominado Palmas del Oriente. Esta resolución es citada por el Tribunal Constitucional en la sentencia que acabamos de comentar.

A nivel de los órganos jurisdiccionales del distrito judicial de San Martín, la demanda respectiva fue declarada improcedente, en aplicación del artículo 5°, inciso 1°, del Código Procesal Constitucional. El Tribunal confirmó esta decisión mediante resolución

recaída en el expediente 3997-2010-PA, del 24 de marzo del 2011 y publicada el 17 de agosto del 2011¹⁸². Dado que la demanda de la Municipalidad Distrital de Barranquita había sido resuelta de forma previa, declarándose infundada, no tenía mayor sentido emitir un pronunciamiento sobre la demanda interpuesta por la empresa. Sin embargo, lo expuesto refleja los diversos procesos de amparo que pueden estar relacionados con una misma materia.

4.25 Caso *Busé Thorne y otros (RTC 1399-2011-PA)*¹⁸³ - 2011

Este caso giró en torno a la demanda de amparo presentada por un grupo de particulares (Carlos Andrés Buse Thorne y otros) contra una asociación y la Municipalidad Distrital de Chorrillos (Lima), cuyo objetivo era impedir la ejecución de obras que permitirían el tránsito de vehículos de carga pesada en una zona determinada de la ciudad. Si bien dicha zona se encontraba cerca a una reserva ecológica (los Pantanos de Villa), de la resolución que vamos a comentar no se deduce que este dato sea relevante para el análisis de la controversia.

a) Demandante y derechos invocados

Los demandantes fueron particulares y los derechos invocados fueron la vida, la propiedad y el medio ambiente sano y equilibrado. En su resolución, el Tribunal va a precisar que este último era el derecho relevante para la resolución del proceso.

¹⁸² La resolución fue suscrita por los magistrados Álvarez Miranda, Vergara Gotelli y Beaumont Callirgos.

¹⁸³ Resolución publicada el 24 de agosto del 2011 y expedida por una Sala del Tribunal Constitucional integrada por los magistrados Álvarez Miranda, Beaumont Callirgos y Calle Hayen.

b) Demandados y acto lesivo

Los demandados fueron una persona jurídica de derecho privado (la Asociación de vecinos del Country Club de Villa y La Encantada) y la Municipalidad Distrital de Chorrillos. El acto lesivo invocado fue una amenaza del derecho al medio ambiente, que se manifestaba –de acuerdo con el fundamento 2 de la resolución del Tribunal- en el “riesgo de hundimiento de las viviendas y [la] ruptura de la capa freática que conllevarían inundaciones, con la posibilidad de que colapse la tubería matriz de abastecimiento de agua, y con ello, la contaminación total de la urbanización (sic)”. Dicho riesgo era consecuencia de “la instalación de una puerta metálica –que supone el derrumbamiento de una pared- y dos tranqueras manuales para el tránsito exclusivo de vehículos de carga pesada que ponen en riesgo el suelo sobre el que se asientan [...] viviendas”.

En un proceso de amparo, la amenaza de derechos debe ser cierta e inminente, y su acreditación debe ser manifiesta. En este sentido, correspondía al demandante demostrar que las obras cuya paralización se solicitaba iban a generar de todos modos un riesgo de hundimiento de viviendas y el colapso de las tuberías de agua, y que ello a su vez iba a generar una contaminación, afectándose el derecho al medio ambiente. Se trata de una cadena de sucesos en donde la prueba de la conexidad entre todos ellos resultaba compleja.

De otro lado, debe advertirse que la demanda fue planteada contra dos entidades diferentes (una persona jurídica de derecho privada y una entidad estatal), sin que quede definida la relación de cada una de ellas con el acto lesivo invocado.

c) Decisiones del Poder Judicial

Las dos instancias previas del Poder Judicial declararon improcedente la demanda, a través del rechazo de plano, por considerar que conforme al artículo 5°, inciso 2°, del Código Procesal Constitucional no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de los derechos invocados. Es importante señalar que el juzgado que conoció en primer grado la demanda fue uno especializado en temas constitucionales.

d) Decisión del Tribunal Constitucional

En el fundamento 6 de la resolución, el Tribunal señaló que para proteger el derecho al medio ambiente, “si bien existe otra vía procedimental [...] la vía del amparo es la satisfactoria”. Sin embargo, no precisa cuál podría ser aquella otra vía procedimental, por cuanto el caso concreto giraba en torno a la amenaza de afectación de derechos, no contemplada en la legislación procesal ordinaria como un supuesto que permita iniciar otros procesos.

En todo caso, el Tribunal dio a entender que el amparo es la vía para la protección del derecho al medio ambiente porque la tutela requerida era de urgencia. Sin embargo, que un año y cinco meses después de presentada la demanda se ordene que ésta sea admitida, en un proceso que todavía tenía para durar –como mínimo- un par de años más, resulta un contrasentido. Si hubiese sido consecuente con su afirmación que el amparo era la vía adecuada para resolver esta controversia, el Tribunal tendría que

haberse pronunciado sobre el fondo del asunto, como lo ha hecho en varios casos donde también las instancias previas del Poder Judicial rechazaron de plano las demandas.

Si se sigue la línea del Tribunal de considerar que para este tipo de controversias existe una vía procedimental a la cual recurrir, quizá hubiese sido más adecuado para el demandante acudir a ella. Aparte de haberse ahorrado un año y cinco meses litigando para nada, en esa otra vía le hubiese sido más factible demostrar cómo es que a futuro la construcción de una pared y dos tranqueras manuales para el tránsito de vehículos de carga pesada podría afectar el ecosistema de la zona, tema que sin duda requerirá de informes, pericias, visitas in situ y otro tipo de actuaciones probatorias.

e) Decisión final del Tribunal Constitucional

Como se adelantó, el Tribunal no emitió un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sino que ordenó admitir a trámite la demanda.

f) Plazos

La demanda de amparo fue presentada el 31 de marzo del 2010 y la resolución de primer grado, declarando el rechazo de plano, se produjo el 19 de abril del mismo año. La resolución de segunda instancia, que confirmó la apelada, fue emitida el 17 de enero del 2011. La fecha de la sentencia del Tribunal es 22 de agosto del 2011. En consecuencia, un año y cinco meses tardó la justicia constitucional en reconocer que sí correspondía admitir a trámite la demanda de amparo para la protección del derecho al medio ambiente. Si las obras que buscaban ser paralizadas no fueron detenidas al inicio

del proceso por una medida cautelar, es probable que hayan concluido al momento de expedirse la resolución del Tribunal. En este supuesto, la amenaza sería más cierta e inminente. Si no lo es, correspondería declarar improcedente la demanda.

4.26 Caso Gobierno Regional del Cusco y otro (STC 1939-2011-PA)¹⁸⁴ - 2011

Este caso llegó a conocimiento del Tribunal, no como tercera y última instancia en un proceso de amparo, sino como consecuencia de un recurso de agravio presentado contra una resolución del Poder Judicial emitida durante la etapa de ejecución de una sentencia expedida en un proceso de amparo iniciado por el Gobierno Regional del Cusco contra el Gobierno Regional de Arequipa y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), cuyo objetivo era que se disponga “el cese de la amenaza de violación de los derechos a la vida, a la salud, al desarrollo socio económico y al medio ambiente de los habitantes de la Provincia de Espinar (Cusco), que [...] se consumiría con el solo inicio de las acciones destinadas a la construcción de la Represa de Angostura y la ejecución del Proyecto Majes-Siguas II”.

a) Demandante y derechos invocados

Los demandantes fueron dos instancias estatales. Por un lado, el Gobierno Regional del Cusco y, de otra parte, la Municipalidad Provincial de Espinar. Los derechos invocados fueron “la vida, a la salud, al desarrollo socio económico y al medio ambiente de los habitantes de la Provincia de Espinar”. Las demandas fueron presentadas de forma separada pero luego fueron acumuladas.

¹⁸⁴ Sentencia publicada el 8 de noviembre del 2011 y expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional, conformado por los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani.

b) Demandados y acto lesivo

Los demandados fueron un gobierno regional (el Gobierno Regional de Arequipa) y una entidad perteneciente al Poder Ejecutivo (Proinversión). El acto lesivo invocado fue una amenaza del derecho al medio ambiente, que se manifestaba mediante “el solo inicio de las acciones destinadas a la construcción de la Represa de Angostura y la ejecución del Proyecto Majes-Siguas II”.

c) Decisiones del Poder Judicial

En primera instancia la demanda fue declarada fundada, ordenándose: a) dejar sin efecto la declaración de viabilidad del Proyecto Majes-Siguas II, y, b) realizar un Estudio Técnico de Balance Hídrico Integral de la cuenca del río Apurímac que “determine las necesidades del uso y consumo de la demanda hídrica de la Provincia de Espinar y los requerimientos del Proyecto Majes Siguas II, y en su efecto [sic] cese la amenaza a los derechos a la vida, salud, desarrollo socioeconómico, alteración del medio ambiente y la ecología de los habitantes de la Provincia de Espinar”.

En segunda instancia se confirmó el extremo referido a la realización del Estudio Técnico pero se revocó el referido a declarar inviable el Proyecto. Será este último tema el que dará lugar a problemas durante la fase de ejecución de la sentencia.

En efecto, en un primer momento el juez de ejecución, ante la presentación por la parte demandada de un Estudio de Impacto Ambiental y otros documentos, consideró que se

había cumplido con lo ordenado por la sentencia; sin embargo, respecto a ello hubo una oposición, ante lo cual el juez finalmente desaprobó los estudios presentados y dispuso que las partes demandadas se abstengan de realizar cualquier acto de iniciación del Proyecto Majes-Siguas II, por considerar afectado el derecho al medio ambiente.

Presentada la apelación respectiva, la Sala única de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco revocó la resolución impugnada y dispuso:

[...] la suspensión indefinida del referido proyecto, en la forma como está planteado actualmente –tomando en cuenta los estudios realizados–; dejando a salvo el derecho de las partes a que una vez que se reformule el mismo y se subsanen las deficiencias advertidas en la presente resolución, así como de los demás requisitos que fueren necesarios, definan en otra vía –fuera de este proceso– la viabilidad del Proyecto Majes Siguan II Etapa; en su virtud, dispusieron que se dé por concluido el proceso constitucional de tutela de derechos y mandaron su archivo definitivo, debiendo devolverse al juzgado de procedencia a efecto que, el magistrado a su cargo, actúe conforme a lo dispuesto en la presente resolución.

Interpuesto el respectivo recurso de agravio constitucional, éste fue declarado improcedente, ante lo cual se presentó el respectivo recurso de queja, con lo cual el caso subió a conocimiento del Tribunal Constitucional. En esta resolución se decidió¹⁸⁵:

4. Que en el presente caso, se advierte que el recurso de agravio constitucional reúne los requisitos precitados en los considerandos anteriores, ya que se interpuso contra la resolución que en segunda instancia de la etapa de ejecución habría modificado la sentencia final de fecha 17 de marzo de 2009, emitida por la Sala Mixta Canchis Sicuani de la Corte Superior de Justicia de Cusco, en el curso de un proceso de amparo que iniciara el Gobierno Regional del Cusco y la Municipalidad Provincial del Espinar contra el Gobierno Regional de Arequipa en relación al Proyecto Majes Sihuas II

¹⁸⁵ El recurso de queja fue resuelto mediante la Resolución N° 76-2011-Q/TC, publicada el 26 de abril del 2011.

invocando lesión de derecho al medio ambiente, a la vida, a la salud y al desarrollo socioeconómico; en consecuencia, el presente recurso de queja debe estimarse.

De esta forma, el Tribunal asumió competencia para analizar el cumplimiento de una sentencia emitida en un proceso en el cual no intervino como instancia, en aplicación de su línea jurisprudencial procesal sobre los alcances del recurso de agravio constitucional, que no se limita únicamente a los casos en donde el Poder Judicial declara improcedente o infundada la demanda, sino que también abarca aquellos casos en donde se presenten problemas relacionados con el cumplimiento de sentencias.

d) Decisión del Tribunal Constitucional

Como punto de partida, el Tribunal Constitucional precisó que su decisión iba a estar relacionada con la verificación sobre si la sentencia final emitida en el proceso de amparo fue debidamente cumplida. En este sentido dispuso:

4. [...] en la medida que nos encontramos en la fase de ejecución de sentencia, el pronunciamiento de este Tribunal Constitucional está limitado por el contenido y los alcances de la citada resolución N.º 85 expedida por la Sala Mixta de Sicuani-Canchis de Cusco que declaró fundada la demanda de amparo, de manera que lo que corresponde es, precisamente, examinar la precitada resolución frente a la posterior resolución N.º 197 a efectos de verificar si la decisión estimatoria ha sido o no desvirtuada en la etapa de ejecución.

Un primer aspecto que debe destacarse de este fallo es que el Tribunal tomó como premisa el fundamento central de la sentencia cuya ejecución se solicitaba, la misma que estaba orientada a la protección del derecho al medio ambiente y otros derechos fundamentales. En este sentido señaló:

7. [...] Es claro que los derechos fundamentales al agua y al medio ambiente de los ciudadanos de Espinar y Cusco deben ser protegidos y preservados no sólo por las autoridades y ciudadanos de dicha zona, sino además por toda autoridad política, administrativa, jurisdiccional, persona de derecho público e incluso particulares. En ese sentido, la decisión que adopte el Tribunal Constitucional en el presente caso, al revisar en sede de instancia la resolución judicial cuestionada, tomará en consideración los derechos fundamentales y bienes constitucionales de los ciudadanos de Cusco y Arequipa que se encuentran en controversia, a efectos de su armonización, ponderación e igual protección, y además establecerá una solución jurisdiccional definitiva, final y última, más aún si se tiene en cuenta la excesiva duración del presente proceso constitucional y la urgencia en la protección de los derechos y bienes constitucionales comprometidos.

Luego de esta mención, no habrá mayor referencia al tema de la protección del derecho al medio ambiente pues la resolución del Tribunal se centrará en analizar si la resolución emitida en el proceso de ejecución de sentencia (resolución N° 197) era acorde con la resolución final emitida durante el proceso de amparo (resolución N° 85). Para tal efecto desarrollará los alcances sobre el debido proceso y la garantía de la cosa juzgada en la etapa de ejecución de sentencia, haciendo precisiones y distinciones respecto a las formas de motivación de las resoluciones judiciales. Luego de ello concluyó:

31. [Está acreditado que] en el caso de autos los magistrados integrantes de la precitada Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco que dictaron la cuestionada resolución N° 197: i) vulneraron la garantía constitucional de la cosa juzgada al desvirtuar la sentencia contenida en la resolución N.º 85; ii) vulneraron el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; y iii) renunciaron a su obligación de solucionar la controversia y resolver el conflicto que continúa pendiente, [...]

Ante esta situación, correspondía al Tribunal Constitucional dejar sin efecto la resolución N° 197, ordenando a la Sala competente la emisión de una nueva resolución. Sin embargo, optó por emitirla de manera directa, sustentando dicha respuesta en diferentes factores, entre los cuales destacaba el hecho de considerar que contaba con suficientes elementos para pronunciarse. En este sentido señaló:

33. En el presente caso, de lo expuesto en los párrafos precedentes se desprende que el efecto de declarar la nulidad de la resolución N° 197, de fecha 25 de febrero de 2011, es que se ordene la emisión de una nueva resolución por parte de la Sala Única de Vacaciones de Cusco. Sin embargo, atendiendo a: *i*) que en autos existen suficientes elementos de prueba que pueden dar mérito a un pronunciamiento sobre el asunto discutido en etapa de ejecución de sentencia; *ii*) que el presente proceso constitucional, incluidas todas sus etapas, tiene una duración de más de 3 años, lo cual y de por sí, evidencia un excesivo plazo en la efectivización de un proceso que debe caracterizarse por su eficacia y rapidez; y *iii*) que el caso de autos, por su trascendencia, la cantidad de ciudadanos de dos regiones (de Cusco y de Arequipa) que ven amenazados sus derechos y bienes constitucionales (medio ambiente y agua, derecho al trabajo y a la libertad de empresa), requiere de una respuesta inmediata de la jurisdicción constitucional a efectos de evitar mayores consecuencias perjudiciales para tales derechos; el Tribunal Constitucional, en tanto órgano de control de la Constitución (artículo 201°, Const.) y supremo intérprete de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y, adecuando las formas exigidas al cumplimiento de aquellos fines de los procesos constitucionales (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), estima que, dadas las específicas características antes citadas, debe emitir un pronunciamiento en sede de instancia final a efectos de definir las situaciones jurídicas comprometidas en la presente etapa de ejecución de sentencia.

De lo expuesto se concluye que la falta de capacidad de las instancias del Poder Judicial para dar una respuesta oportuna al caso concreto constituyó el fundamento central para justificar que el Tribunal Constitucional asuma competencia para decidir lo relativo al cumplimiento de la sentencia emitida en el proceso de amparo, invocando como marco

normativo para ello su competencia, su calidad de supremo intérprete y principios procesales.

e) Decisión final del Tribunal Constitucional

A pesar de lo señalado al final del acápite anterior, el Tribunal no llegó a emitir un pronunciamiento sobre si se había dado cabal cumplimiento a lo ordenado en la sentencia final sobre el fondo del proceso de amparo. En este sentido, postergó su decisión y la condicionó a la elaboración de un nuevo estudio técnico de balance hídrico. En este sentido señaló:

44. [...] teniendo en cuenta que el principal cuestionamiento que se mantiene por parte de determinados representantes de los ciudadanos de la provincia de Espinar – Cusco es aquel vinculado al denominado “balance hídrico”, el Tribunal Constitucional estima que con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos de Cusco y Arequipa, debe ordenarse la realización de un **nuevo y definitivo estudio técnico de balance hídrico integral** que deberá ser realizado en lo inmediato posible sobre iniciativa de las tres partes: Gobierno Nacional, Gobierno Regional de Cusco y Gobierno Regional de Arequipa, quienes definirán el plazo, condiciones y financiamiento de dicho balance. [...]

La finalidad de este nuevo y definitivo estudio técnico no será otro que ayudar al propio Tribunal a archivar el caso, como lo señala en el punto resolutivo N° 3 de la sentencia. En este sentido, la elaboración de ese estudio no se realizará con miras a una posterior evaluación del Tribunal, sino que sólo será el requisito necesario para el archivamiento automático del proceso, siempre que se acredite que la elaboración del mismo se hizo de acuerdo a las pautas indicadas en la sentencia, evaluación que quedará a cargo del propio Tribunal. Esta posición es concordante con la controversia principal relacionada

con la ejecución de la sentencia del proceso de amparo, pues como se señaló anteriormente, a nivel de segunda instancia se desestimó el pedido para declarar inviable el Proyecto Majes-Sihuas II pero se aceptó que se realizara un nuevo estudio técnico vinculado con los recursos hídricos.

En consecuencia, después de varios años de litigio, el resultado concreto de la demanda de amparo fue que se realice un nuevo estudio sobre el impacto del mencionado proyecto en los recursos hídricos.

f) Aclaración de la sentencia¹⁸⁶

Como era de esperarse, la resolución del Tribunal Constitucional dio lugar a un pedido de aclaración presentado por la Municipalidad Provincial de Espinar y el Gobierno Regional del Cusco. Entre los diferentes temas sobre los cuales se solicitó aclaración (trece en total), destaca el primero, por medio del cual se consultó al Tribunal “si se puede reanudar el proyecto Majes Siguan II sin previa realización del Estudio de Balance Hídrico”. Se trataba de una consulta muy precisa e importante, pues en la resolución del Tribunal se dice de todo, menos qué pasa con el proyecto mientras se realiza el nuevo estudio. En respuesta a ello señaló:

[...] en cuanto al punto a), sobre si se puede reanudar el proyecto Majes Siguan II sin previa realización del Estudio de Balance Hídrico, cabe precisar que el fundamento 41 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de noviembre de 2011, materia de aclaración, establece lo siguiente:

41. De privilegiarse una solución sólo a favor de los ciudadanos de Espinar, en especial, de aquella solución que expone algún sector de dichos ciudadanos, se debería disponer

¹⁸⁶ Resolución de aclaración del Tribunal Constitucional respecto al expediente 1939-2011-PA/TC, publicada el 25 de enero del 2012.

la *suspensión indefinida del proyecto Majes Siguas II*. Por el contrario, si se privilegia una solución sólo a favor de los ciudadanos de Arequipa se debería dar por aprobados los abundantes estudios técnicos obrantes en autos, el cese de la amenaza sobre los derechos de los ciudadanos de Espinar y disponer la continuación de los respectivos trámites que viabilicen el proyecto Majes Siguas II. Ninguna de las dos soluciones, tal como vienen propuestas, resultan amparables.

Conforme a dicho fundamento, queda claramente establecido en la sentencia de este Alto Tribunal (fundamentos 41 y 44) que en tanto no se realice el denominado “Estudio Técnico de Balance Hídrico Integral”, no se puede iniciar, ejecutar o desarrollar obras en el proyecto Majes Siguas II, salvo aquellas que sean necesarias para la realización del expediente técnico y de ingeniería, así como para el Estudio Técnico de Balance Hídrico Integral ordenado por este Tribunal.

g) Pasos dados para el cumplimiento de la sentencia

Mediante Resolución Ministerial N° 050-2012-PCM, del 20 de febrero del 2012, la Presidencia del Consejo de Ministros dio inicio al cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional, encargando a la Secretaría de Coordinación de este sector la organización y coordinación del grupo de trabajo encargado de realizar el nuevo Estudio Técnico de Balance Hídrico Integral. Sin embargo mediante la Resolución Ministerial N° 69-2012-PCM, publicada el 13 de marzo del 2012 en el diario oficial El Peruano, se dejó sin efecto dicha resolución, en atención que todavía estaba pendiente llegar a algunos acuerdos entre las tres partes involucradas respecto al procedimiento a seguir para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional. Finalmente, el 16 de marzo fue publicada la Resolución N° 070-2012-PCM, por medio de la cual se conformó el Grupo Tripartito de Trabajo conformado por representantes de los gobiernos regionales de Cusco y Arequipa y de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Luego de la conformación de este grupo, el Gobierno Regional de Arequipa presentó su proyecto de términos de referencia del nuevo y definitivo estudio de balance hídrico integral; sin embargo, el Gobierno Regional del Cusco no hizo lo mismo. Por esta razón, mediante el Acuerdo Regional N° 094-2012-GRA/CR-Arequipa, publicado el 19 de julio del 2012 en el diario oficial El Peruano, el primero de los mencionados gobiernos regionales solicitó al Gobierno Central, en concreto a la Presidencia del Consejo de Ministros, que proceda a aprobar la propuesta presentada, o que se disponga lo que corresponda para el cumplimiento del mandato del Tribunal Constitucional.

h) Plazos

El proceso principal de amparo, por llamarlo de alguna manera, se inició el 9 de junio del 2008, mediante la interposición de la demanda por parte del Gobierno Regional del Cusco. La sentencia de primer grado fue emitida el 22 de diciembre del 2008 y la de segundo grado el 17 de marzo del 2009. Tratándose de un proceso complejo y de especial importancia es de resaltarse que haya sido resuelto en aproximadamente un año.

En cuanto a la ejecución de la sentencia, la resolución de primera instancia sobre el tema se emitió el 13 de setiembre del 2010, siendo la misma objeto de oposición, emitiéndose una resolución posterior el 7 de enero del 2011, la cual fue apelada. La resolución final del Poder Judicial sobre este tema se emitió con fecha 25 de febrero del 2011. Contra esta resolución se presentó un recurso de agravio constitucional, que al ser denegado originó un recurso de queja, el cual fue resuelto por el Tribunal Constitucional el 26 de abril del 2011. La decisión preliminar del Tribunal sobre este caso, y que ha

sido objeto de comentario en la presente sección del trabajo, lleva por fecha 8 de noviembre del 2011.

En total, la controversia respecto al Proyecto Majes-Sihuas II a través del proceso de amparo ha tenido una duración de más de tres años, como el propio Tribunal lo advierte, quedando pendiente el estudio hídrico ordenado por el mismo Tribunal con miras a emitir un pronunciamiento definitivo.

4.27 Caso Dragas Mineras (STC 0316-2011-PC)¹⁸⁷ - 2012

La Amazonía peruana sufre en gran intensidad el problema de la minería ilegal, que afecta seriamente el medio ambiente:

La minería aurífera en la Amazonía peruana representa un peligro grave, presente y latente, para la salud de las personas y para el ambiente en general. Todos los indicadores muestran preocupantes niveles de contaminación del agua, de los sedimentos en los ríos, de los peces y de las personas. Aunque no ha habido un plan de monitoreo articulado de estos indicadores y los estudios no son totalmente comparables, se puede apreciar que la contaminación es creciente y directamente proporcional al incremento de las actividades mineras. De los estudios oficiales realizados por las autoridades competentes del Ministerio de Producción, a través del Instituto Tecnológico Pesquero (ITP), y del Ministerio de Salud, a través de Centro de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para Salud (CENSOPAS), se confirma esta situación. (Ministerio de Ambiente 2011: 79)

Madre de Dios es una de las zonas en donde este problema se refleja de modo particular, ante lo cual se han adoptado diversas medidas orientadas a revertir esta

¹⁸⁷ Sentencia publicada el 20 de julio del 2012 y expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz. Sobre este caso el magistrado Carlos Mesía emitió un voto particular.

situación, como el Decreto de Urgencia 012-2010, publicado el 18 de febrero del 2010 en el diario oficial El Peruano, que declaró de necesidad pública, interés nacional y ejecución prioritaria la erradicación de la minería ilegal. En la exposición de motivos de esta norma se hizo mención al impacto ambiental de la actividad minera ilegal:

- **Dstrucción de los cauces de los ríos y de las pesquerías:** las dragas que operan directamente en los ríos, removiendo el cauce para extraer los lodos con oro, producen enormes daños en la reproducción de los peces y en el ambiente físico por la turbidez generada.
- **Dstrucción de bosques:** Ya se han destruido aproximadamente 18000 hectáreas y cada año se destruyen unas 400 hectáreas adicionales. Si se ejecutan todos los derechos mineros, se destruirán unas 400000 hectáreas adicionales de bosques.
- **Contaminación de los peces por el mercurio:** [...] En los peces que se expenden en el mercado de Puerto Maldonado, todas las especies, con excepción de los provenientes de acuicultura, presentan contenido de mercurio [...].
- **Dstrucción de tierras agrícolas aluviales:** la minería interviene y destruye las mejores tierras agrícolas de la región y que se ubican a lo largo de los ríos. Esto va en detrimento de la producción agrícola sostenible.
- **Impacto de ruido y tráfico:** La operación de retroexcavadoras, cargadores frontales, volquetes, motores y bombas impacta en la fauna por los ruidos que generan.
- **Alteración del paisaje:** La destrucción de los bosques y del cauce de los ríos altera profundamente el paisaje, lo que impacta en el ecoturismo.
- **Calidad de agua:** La descarga a los cursos de agua de gran cantidad de sólidos en suspensión afecta la calidad del agua. [...]
- **Impacto en la fauna acuática:** La fauna de la zona desaparece por la destrucción de bosques; la caza, y la intensa presencia humana. (Poder Ejecutivo 2010b)

En el caso que procedemos a analizar la demanda de amparo fue presentada por una persona jurídica dedicada a la actividad minera –la Empresa Minera de Servicios Generales S.R.L.- y estuvo dirigida contra el Decreto de Urgencia 012-2010, en los extremos referidos a la prohibición del uso de dragas y la necesidad de cumplir

determinados requisitos para obtener la correspondiente certificación ambiental. La defensa de la norma impugnada estuvo a cargo de la Procuraduría Ad Hoc de la Presidencia del Consejo de Ministros. En este caso se estaba ante una demanda de amparo contra normas legales, que buscaba la protección de derechos fundamentales ante restricciones a su ejercicio sustentadas en la protección del medio ambiente.

El Juzgado Mixto de Tambopata declaró infundada la demanda por considerar que las normas impugnadas no resultaban contrarias a los derechos fundamentales y que se trataba de medidas que encontraban un sustento constitucional. Los mismos argumentos fueron empleados a nivel de segunda instancia (Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios).

Cuando el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la demanda, en julio del 2012, la norma impugnada había sido derogada por el Decreto Legislativo 1100, publicado el 18 de febrero del 2012 en el diario oficial El Peruano. Al respecto, el Tribunal identificó que en un principio podría entenderse que se había producido la sustracción de la materia, tema que por lo demás no fue alegado por las partes del proceso. Sin embargo, al identificar que el nuevo decreto legislativo abordaba materias similares a las que se cuestionaban del derogado decreto de urgencia, decidió emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sustentado su decisión en la finalidad de los procesos constitucionales, el principio *iura novit curia* y la función pacificadora del Tribunal Constitucional.

Dado que se trataba de un amparo contra normas legales, correspondía que el Tribunal analizara si se estaba ante una norma autoaplicativa. Sobre este punto el fallo no señala

mayores argumentos, pues se limita a indicar que las nuevas normas contenidas en el Decreto Legislativo 1100, “como sucedía con las normas del decreto de urgencia derogado, [son] normas autoaplicativas, por lo que procede emitir pronunciamiento sobre el fondo de ellas”. En su voto singular, el magistrado Mesía Ramírez advierte la ausencia de análisis, señalando al respecto: “La norma cuestionada no es autoaplicativa, sino heteroaplicativa, por lo que no cabe emitir un pronunciamiento de fondo. En la demanda no existe alegato que explique por qué la norma cuestionada es autoejecutiva; por el contrario, de su contenido normativo se advierte que requiere de actos de aplicación para que sea eficaz o producirse efectos”.

Con relación al tema de fondo el Tribunal analizó si las restricciones y prohibiciones contenidas en la norma impugnada superaban el test de proporcionalidad. Luego de este análisis, concluyó que las normas no afectaban derechos fundamentales.

Como un dato adicional sobre este caso es interesante hacer referencia a la siguiente reflexión sobre los pocos efectos que han tenido normas como la impugnada a través del amparo, para superar el tema de la contaminación ambiental:

Aunque el Estado ha dado en los últimos años pasos firmes para regular y ordenar la minería aurífera artesanal -con la emisión del Decreto de Urgencia N° 012 -2010 y ampliado por el Decreto de Urgencia N° 004-2011 y modificado por el Decreto de Urgencia N° 007-2011-, y otras medidas, todavía la informalidad es clamorosa, y el descuido de la salud y del ambiente generalizado; todo ello es debido a una larga ausencia del Estado en estos temas, que han sido puestos en debate desde el 2009 y una exigencia reiteradamente [sic] por multitud de actores. Debido a la informalidad generalizada, los beneficios para el Estado de esta actividad son ínfimos, pues la mayor parte de la producción de oro no paga impuestos. (Poder Ejecutivo: 2010b)

Respecto a los plazos, corresponde señalar que la demanda fue interpuesta el 5 de marzo del 2010, es decir, casi un mes después de la publicación de la norma impugnada, siendo el 10 de agosto del 2010 la fecha de la sentencia de primera instancia, y el 19 de noviembre del 2010 la de la segunda. El caso subió a conocimiento del Tribunal el año 2011 (ello se deduce por el número de expediente -316-2011-PA), siendo resuelta la causa con fecha 17 de julio del 2012. En consecuencia, este amparo contra una norma legal, con un pronunciamiento sobre el fondo desfavorable al demandante en tres instancias, tuvo una duración de dos años y cinco meses.





CONCLUSIONES

Sobre el derecho al medio ambiente

- 1) El estudio de los derechos fundamentales parte de identificar sus fundamentos, lo que no constituye un tema estrictamente jurídico, pero sí una premisa importante para los operadores jurídicos en el ámbito de los procesos judiciales relacionados con la tutela de estos derechos, en particular cuando deben ser ponderados entre sí o con otros bienes jurídico-constitucionales. En el caso del derecho al medio ambiente, su estudio y análisis no puede partir de considerarlo simplemente como uno de los varios derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales. Se requiere poner especial atención a sus fundamentos, de modo tal que puedan comprenderse las razones por las que, ante un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, la decisión que se adopte estará guiada decisivamente por su particular importancia en un Estado constitucional.

- 2) El derecho al medio ambiente ha sido abordado principalmente en función a su relevancia para que el ser humano pueda desarrollar sus actividades con normalidad, razón por la cual, un primer fundamento de este derecho es estrictamente utilitario. En consonancia con lo anterior, su sustento también se encuentra en su importancia para la vigencia de otros derechos fundamentales, como la vida o la salud, que también gozan de reconocimiento constitucional, con lo que adquiere un carácter relacional, por lo cual sus fundamentos llegan a ser los mismos de aquellos derechos con los cuales se vincula. De forma complementaria, el principio de solidaridad también constituye un fundamento de este derecho, así como de los denominados derechos de tercera generación.

- 3) El análisis jurídico de todo derecho fundamental empieza por identificar y delimitar su contenido, aspecto esencial para la adecuada evaluación de los presupuestos procesales que corresponden ser analizados cuando se da inicio a una demanda de amparo para buscar su protección. La delimitación del contenido de un derecho fundamental se realiza de modo permanente, lo que permite perfeccionarlo en atención a las exigencias de la realidad, así como reformular los alcances de las instituciones procesales de tutela. Para delimitar el contenido de un derecho se debe tomar como referencia, en primer lugar, lo dispuesto en los textos constitucionales, siendo lo más frecuente que estos se limiten a su reconocimiento, sin precisar mayores alcances sobre su contenido. Corresponderá a la jurisprudencia constitucional precisar esta materia. En todo caso, la falta de precisión sobre el contenido del derecho al medio ambiente puede llevar a que el proceso de amparo sea utilizado para hacer frente a cualquier problema de carácter ambiental, distorsionándose sus reales alcances y posibilidades de resolución de conflictos.
- 4) El reconocimiento del derecho al medio ambiente como un derecho fundamental ha dado lugar a que se desarrollen a su favor un conjunto de medidas orientadas a su respeto y garantía, como su reconocimiento en los textos constitucionales, su reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el cumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte del Estado, así como el establecimiento de mecanismos que permitan su protección judicial rápida y efectiva.
- 5) El reconocimiento constitucional del derecho fundamental al medio ambiente origina consecuencias importantes desde el punto de vista jurídico, pues todo

análisis relacionado con su ejercicio deberá necesariamente tomar en consideración la existencia de otros derechos fundamentales y bienes jurídicos que también gozan de protección constitucional, con los que puede entrar en conflicto pero con los que también debe ser armonizado. Este reconocimiento constitucional también le otorga una protección especial frente a las normas que sean contrarias a su ejercicio, pues pueden ser objeto de un control constitucional –a través del proceso de inconstitucionalidad- y, de ser el caso, expulsadas del ordenamiento jurídico. Se trata de una garantía que opera frente al legislador, quien al momento de regular un derecho fundamental, debe respetar su contenido constitucionalmente protegido.

- 6) En el caso de Europa, los textos constitucionales de la posguerra no contemplaron una referencia expresa al derecho al medio ambiente, sin perjuicio de lo cual, a través de la jurisprudencia constitucional, se ha reconocido la necesidad de garantizar su protección constitucional. En el caso de textos constitucionales aprobados en las décadas finales del siglo XX la situación varía, pues sí es posible encontrar referencias expresas al derecho al medio ambiente. En términos generales, las disposiciones constitucionales en Europa continental suelen limitarse al reconocimiento del mencionado derecho, junto con algunas disposiciones de alcance general, lo que en parte obedece a que se trata de textos expedidos hace varios años atrás, cuando la materia todavía no era objeto de un desarrollo constitucional más amplio, a diferencia de lo que viene ocurriendo con los más recientes textos constitucionales, muchos de ellos provenientes de América Latina, como ocurre en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, entre otros.

- 7) En el caso peruano, un antecedente importante sobre el reconocimiento del derecho al medio ambiente como derecho fundamental se encuentra en el artículo 123° de la Constitución de 1979, disposición constitucional que no se encontraba en la sección correspondiente a los Derechos Fundamentales sino en el capítulo correspondiente a los Recursos Naturales, ubicado a su vez en el Título sobre el Régimen Económico. En cuanto a su contenido, el citado artículo reconocía un derecho y, a la vez, establecía una obligación de alcance general para todas las personas. Asimismo, precisaba de forma expresa la obligación del Estado de prevenir y controlar la contaminación ambiental.
- 8) Si bien una de las características de la Constitución de 1993 fue reducir el contenido de los derechos fundamentales, en particular los de índole social, mantuvo el reconocimiento del derecho al medio ambiente, ubicándolo en la sección correspondiente a los derechos fundamentales (artículo 2°, inciso 22°), aunque de forma conjunta con otros derechos cuyo contenido no se encuentra relacionado con el medio ambiente, como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso. A diferencia del texto constitucional anterior, la actual Constitución no señala –junto con el reconocimiento del derecho– obligación alguna del Estado con relación a la preservación del medio ambiente o evitar la contaminación ambiental. Estos temas aparecen tratados en una sección diferente de la Constitución, en el Capítulo II (Del Ambiente y los Recursos Naturales) del Título III (del Régimen económico), a través de los artículos 66, 67, 68 y 69.
- 9) En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el instrumento más importante del sistema universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, no contiene una disposición expresa sobre el reconocimiento del derecho al medio ambiente. De modo bastante general, su norma complementaria, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en su artículo 12º, inciso 1º, que los Estados se encuentran obligados al “mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente”. En el caso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el documento más importante emitido por este órgano con relación al medio ambiente es su Observación General N° 15, del año 2002, sobre el derecho al agua. En junio del 2012 el Consejo de Derechos Humanos acordó nombrar un Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. De esta forma, en el ámbito de los órganos de protección de derechos humanos a nivel de Naciones Unidas se vienen dando algunos pasos para establecer políticas de protección a favor el derecho a medio ambiente, aunque lo avanzado es poco si se toma en consideración la importancia del tema.

- 10) En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contienen disposiciones que reconozcan de forma expresa y específica el derecho al medio ambiente. Será recién en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, aprobado en 1998 y que entró en vigor en 1999) que se contará con un texto normativo del sistema interamericano donde se consagre de forma expresa dicho derecho. Así, el artículo 11º del Protocolo Adicional, bajo la denominación de “Derecho a un medio

ambiente sano” señala que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, y que los “Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

11) La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han venido emitiendo decisiones relacionadas con el derecho al medio ambiente, a partir del análisis de casos sobre la negativa del acceso a información de carácter ambiental, la afectación de derechos de los pueblos indígenas y la ausencia de mecanismos efectivos de protección en ambos supuestos. A propósito de la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la Corte ha reconocido la importancia de la conservación de los recursos naturales para la supervivencia de estos grupos, estableciendo la obligación por parte de los Estados de realizar mecanismos de participación, entre ellos la consulta previa, respecto a la adopción de medidas que pudieran desarrollarse en su territorio, como la exploración y extracción de recursos naturales, que podrían afectar su subsistencia como pueblo indígena. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido también una participación activa en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente a través de medidas cautelares dictadas para evitar que mediante determinadas actividades económicas se perjudique su relación con los recursos naturales que se ubican en su territorio.

12) Los Estados tienen una serie de obligaciones con relación a los derechos fundamentales, que son, asimismo, exigibles respecto al derecho al medio ambiente. Se trata de las obligaciones de respeto y garantía. Por la primera, se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a este derecho, mientras que por la segunda,

deben adoptar las medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar todo acto que afecte su contenido. Estas obligaciones se derivan de las normas internacionales de derechos humanos, así como de los propios textos constitucionales.

13) En el caso del derecho al medio ambiente, las decisiones de los tribunales nacionales a propósito de los procesos constitucionales iniciados para su protección, permiten identificar aquellos actos que pueden ser calificados como lesivos a su goce y ejercicio. Por esta razón, las autoridades estatales deben estar atentas al contenido de estas decisiones, de modo tal que puedan corregir la acción u omisión identificada como contraria al derecho al medio ambiente. Si se trata de actos lesivos recurrentes no debería esperarse hasta la interposición de una nueva demanda para que se adopte una conducta a favor del derecho. Para lograr este objetivo se requiere, asimismo, que las decisiones de los tribunales sean uniformes y se encuentren debidamente sustentadas. Lo primero evita dudas sobre si un acto debe ser considerado como lesivo de un derecho fundamental. Lo segundo otorga seguridad y predictibilidad, pues despeja las dudas de un eventual o repentino cambio de jurisprudencia. De esta forma se concreta la obligación de respetar el derecho al medio ambiente.

14) En cuanto a la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales, los medios para ello pueden ser de diferente tipo. En estrecha relación con esta obligación, los Estados deben adoptar medidas internas para hacerlos efectivos, lo cual implica suprimir normas y prácticas que entrañen la violación del derecho y la expedición de normas y el desarrollo de prácticas

orientadas a su efectiva vigencia. En lo que se refiere a la supresión de normas y prácticas, especial importancia adquiere la jurisprudencia constitucional, pues conforme se resuelvan controversias relacionadas con esta materia, será posible identificar las normas o prácticas que deban ser dejadas de lado. Ello explica la necesidad de que los litigantes puedan plantear ante los tribunales casos particularmente relevantes, que permitan alcanzar ese objetivo, especialmente tratándose del derecho al medio ambiente, cuya protección interesa a un colectivo indeterminado de personas. En cuanto a la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia del derecho al medio ambiente, todos los Estados deben contar con un marco normativo, instituciones y políticas públicas orientadas a dicho objetivo. En el Perú, un avance importante sobre este tema significó la aprobación, en el año 2005, de la Ley N° 28611, *Ley General del Ambiente*. Junto con las normas que regulan la protección del medio ambiente, existen en el Perú entidades estatales con competencia para ejecutar y supervisar su cumplimiento. Sin embargo, el desempeño de las labores de estas entidades aún no es satisfactorio, como lo demuestra el hecho que muchas controversias importantes relacionadas con la protección del derecho al medio ambiente se hayan canalizado a través del proceso de amparo.

- 15) La obligación de garantizar los derechos humanos comprende un conjunto de obligaciones específicas, como las de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los mismos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por su violación. En el ámbito del Derecho Ambiental, esta obligación merece especial atención si se

toma en cuenta que existen muchas situaciones que afectan el medio ambiente y que de haberse adoptado medidas preventivas, podrían haber sido evitadas.

16) Aparte de su protección a través del proceso constitucional de amparo, también se ha previsto que el derecho al medio ambiente pueda ser protegido en sede penal y administrativa. En este sentido, en las últimas décadas el medio ambiente ha sido considerado como un bien jurídico que debe ser protegido a través del Derecho Penal, lo cual ha dado lugar a que de forma progresiva en diversos ordenamientos jurídicos se modifiquen los respectivos códigos penales, a fin de incorporar capítulos específicos sobre esta materia. Sin embargo, como sucede comúnmente con el derecho penal, con el paso de los años han quedado de manifiesto las limitaciones de esta modalidad de protección del medio ambiente, lo que obliga a reforzar la importancia de los procesos constitucionales, pues lo que en última instancia se busca, no es tanto que existan diversos mecanismos de protección, sino que estos sean efectivos. Además, a diferencia de lo que ocurre con el derecho penal, si la protección a través del amparo fracasa se afecta el derecho a la protección judicial de derechos fundamentales.

17) La protección del derecho al medio ambiente puede darse a través de órganos o instancias administrativas, en diversos procedimientos a cargo de la administración. En términos generales, la actividad de la Administración Pública en materia ambiental se lleva a cabo en diferentes ámbitos y respecto a diferentes materias, como la explotación o uso de los recursos naturales o la realización de actividades económicas de diverso tipo, lo cual origina una normativa dispersa y numerosos órganos involucrados. En el caso peruano, las demandas de amparo en sede judicial

demuestran que las vías administrativas para la resolución de graves problemas relacionados con el derecho al medio ambiente no llegan a cumplir el objetivo para el cual han sido diseñadas, razón por la cual los litigantes acuden a las instancias judiciales a través de los procesos constitucionales.

18) Existen algunas situaciones particulares, propias de algunos derechos, o de grupos de derechos, que deben ser tomadas en cuenta para una mejor comprensión de los reales alcances y posibilidades de su protección constitucional. En el caso del derecho al medio ambiente, especial atención debe darse a las repercusiones que puede tener una determinada decisión judicial respecto a la conducta a ser asumida, por el Estado o los particulares, respecto a la orden que se emita para garantizar su tutela, en particular el impacto de dicha decisión en la realización de diversas actividades económicas. Recordemos que, por lo general, las demandas para la protección del medio ambiente se presentan contra actos lesivos relacionados con el ejercicio de una actividad económica, amparada en la libertad de comercio, empresa o industria, que también son reconocidas como derechos fundamentales –las denominadas libertades económicas-, y cuyo ejercicio debe ser ponderado con la protección del medio ambiente.

19) A nivel del Derecho Ambiental se han reconocido principios para el desarrollo de acciones orientadas a proteger el medio ambiente. En el ámbito nacional, estos principios se encuentran reconocidos en la Ley General de Ambiente (2005), como el principio de sostenibilidad, de prevención, de internalización de costos, de responsabilidad ambiental, equidad, gobernanza ambiental y el principio precautorio, siendo este último uno de los que mayor atención ha generado, y que

incluso ha servido de sustento para decisiones de especial importancia respecto a la protección del derecho al medio ambiente a través del proceso de amparo. En términos generales, la precaución permite que la falta de certeza científica absoluta no sea una justificación para posponer medidas de protección ambiental. Desde un enfoque constitucional, la observancia del principio precautorio también puede ser de utilidad para resolver las controversias que se generen entre el derecho de propiedad o las libertades económicas en general y el derecho al medio ambiente.

Sobre el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales

20) Los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, como el amparo, encuentran su fundamento en el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, cuyo contenido implica el derecho de toda persona a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los órganos jurisdiccionales del Estado, que le permita obtener una tutela adecuada de sus derechos fundamentales. Los Estados se encuentran obligados, en consecuencia, a ofrecer a todo ciudadano el acceso a tales mecanismos de protección judicial, por lo que el desarrollo legal y jurisprudencial de los mencionados procesos constitucionales debe estar diseñado y concretarse en la práctica, desde la perspectiva de garantizar el derecho a la protección judicial.

21) El derecho a la protección judicial de derechos fundamentales se fundamenta en el reconocimiento de estos derechos como base del Estado Constitucional, los cuales requieren de una protección rápida y efectiva ante cualquier amenaza o violación. Para tal efecto, se han ido creando diversos instrumentos de protección, con

distintos efectos y a cargo de diversas instancias. Entre todos los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, los que implican una protección judicial adquieren especial importancia y singularidad. Esto obedece principalmente a dos factores; en primer lugar, al hecho que las decisiones jurisdiccionales por las cuales se adopta una decisión relacionada con los derechos y obligaciones de las personas tiene calidad de cosa juzgada, y en segundo lugar, porque tales decisiones son de cumplimiento obligatorio, con la posibilidad de hacer efectivos mecanismos coercitivos orientados al cumplimiento de la sentencia respectiva.

22) El derecho a la protección judicial de derechos fundamentales se encuentra reconocido de forma expresa en diferentes normas internacionales, por lo general bajo la denominación de *recurso efectivo*. En el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se especifica que el derecho al recurso efectivo debe concretarse ante los órganos jurisdiccionales del Estado, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo hace mención al derecho al recurso, pero sin especificar el tipo de órgano ante el cual corresponde exigir la tutela de un derecho fundamental. De otro lado, tanto la Declaración Universal, el Pacto Internacional y la Convención Americana reconocen el derecho de toda persona de acceso a la justicia, y a la vez mencionan de forma específica el derecho a un recurso efectivo para la tutela de los derechos fundamentales, los cuales se encuentran estrechamente vinculados.

23) La Corte Interamericana de Derechos Humanos cuenta con una extensa jurisprudencia sobre los alcances del artículo 25° de la Convención Americana, que reconoce el derecho al recurso efectivo. Desde sus primeras decisiones ha afirmado

que, a fin de garantizar la protección judicial de derechos fundamentales, no basta con que los recursos judiciales respectivos se encuentren establecidos de modo expreso en la Constitución o la ley, o con que sean formalmente admisibles, sino que deben ser adecuados y eficaces para determinar si se han violado estos derechos y adoptar las medidas necesarias que permitan restablecer su ejercicio. Para la Corte, un recurso es adecuado si, dentro del derecho interno, resulta “idóneo para proteger la situación jurídica infringida”, mientras que su eficacia implica que debe ser “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”.

24) Esta línea jurisprudencial de la Corte Interamericana ha sido desarrollada principalmente a propósito de casos en los que ha identificado diversos problemas relacionados con la resolución de demandas de hábeas corpus y amparo. Por ello, es válido afirmar que estos procesos constitucionales constituyen mecanismos a través de los cuales se concreta el derecho a la protección judicial de derechos fundamentales. En este sentido, el derecho internacional constituye una fuente importante para evaluar si el marco legal y el desarrollo de estos procesos a nivel interno permiten alcanzar una tutela eficaz de estos derechos.

25) Una revisión de los casos resueltos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos permite identificar hasta seis actos o situaciones lesivas del derecho a la protección judicial de derechos fundamentales: a) la vigencia de normas que impiden solicitar la protección judicial, b) actos que impiden presentar una demanda de protección judicial de derechos fundamentales, c) actos que impiden resolver una demanda de protección judicial de derechos fundamentales, d) impedimentos para presentar una demanda de protección judicial durante estados de excepción, e) incumplimiento de resoluciones judiciales de protección de derechos,

y f) violación de las garantías del debido proceso en el marco de los procesos judiciales.

26) A diferencia de lo que ocurre con los instrumentos internacionales de derechos humanos, el derecho a la protección judicial de derechos fundamentales no se encuentra reconocido de modo expreso en la Constitución peruana de 1993. Esta puede ser una de las razones por las cuales la doctrina nacional ha prestado tan poca atención a un derecho de tanta importancia, lo cual no resulta justificado, especialmente si el mismo cuenta con un amplio desarrollo a nivel de normas internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico nacional.

27) La omisión del texto constitucional no puede llevar a concluir que se trata de un derecho que no cuenta con fundamentos constitucionales. En primer lugar, debe recordarse que el artículo 139°, inciso 3°, de la Constitución reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, cuyo contenido abarca el derecho de acceso a la justicia, por medio del cual se reconoce el derecho de toda persona para acudir a los órganos jurisdiccionales a fin de hacer valer cualquier tipo de pretensión relacionada con sus derechos y obligaciones jurídicas, siendo la tutela de sus derechos fundamentales una de las variadas y numerosas pretensiones que pueden exigirse ante los tribunales. En segundo lugar, puede argumentarse que al reconocer la Constitución en su artículo 200° un conjunto de procesos para la tutela de derechos fundamentales, implícitamente está reconociendo el derecho a la protección judicial de estos derechos.

28) Existen importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano relacionados con el derecho a la protección judicial de derechos fundamentales, en donde ha hecho referencias sustantivas al artículo 25° de la Convención Americana y a decisiones de la Corte Interamericana sobre la materia, lo que ha permitido resolver la controversia concreta puesta a su conocimiento y realizar novedosas interpretaciones sobre los alcances de algunas normas constitucionales que, en una interpretación literal, resultarían contrarias a la protección judicial, pero que en una lectura conforme a las normas y decisiones internacionales adquieren un nuevo sentido. Así ha ocurrido en el caso del artículo 142° de la Constitución, sobre la revisión judicial de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura y del Jurado Nacional de Elecciones. Una lectura basada en el respeto a la protección judicial de derechos fundamentales ha llevado a interpretar que la prohibición contenida en el artículo 142° no es absoluta, sino que admite excepciones.

29) De igual forma, referencias expresas al derecho a la protección judicial reconocido en las normas internacionales se aprecia en fallos del Tribunal donde ha analizado casos relacionados con la prohibición de presentar demandas de amparo contra normas sobre destitución de magistrados, la prohibición de presentar hábeas corpus contra resoluciones judiciales o a favor de personas procesadas por terrorismo. Lamentablemente, este criterio interpretativo no ha sido empleado para resolver controversias similares, como por ejemplo, los alcances de la prohibición de interponer demandas de amparo contra laudos arbitrales o contra normas legales.

30) Para la efectiva vigencia del derecho al medio ambiente, por lo tanto, no resulta suficiente su reconocimiento en las normas nacionales e internacionales, sino que

deben existir mecanismos especiales que aseguren su adecuada protección ante cualquier amenaza o violación. En el Perú, el proceso de amparo, reconocido en el artículo 200°, inciso 2°, de la Constitución y desarrollado en el Código Procesal Constitucional, constituye el mecanismo judicial previsto a nivel interno para la tutela de este derecho. Pero como se ha señalado, no basta el reconocimiento formal del proceso sino que debe ser realmente idóneo y eficaz para que pueda afirmarse que a través del mismo se concreta una real tutela del derecho al medio ambiente.

Sobre el proceso de amparo, sus aspectos generales y problemas identificados

- 31) Las normas constitucionales sobre los procesos constitucionales deben señalar básicamente su objetivo, dejando a las leyes el desarrollo y precisión de los aspectos de carácter procesal. En cuanto al amparo, la Constitución de 1993 señala que su objetivo es la defensa de los derechos reconocidos por la Constitución no protegidos a través de otros procesos constitucionales. Al igual que la Constitución de 1979, precisa las características esenciales del acto lesivo para su procedencia (amenaza o vulneración de derechos) y los sujetos contra quienes cabe interponer la demanda (cualquier autoridad, funcionario o persona). La normativa constitucional deja fuera del ámbito de protección del amparo algunos derechos fundamentales (tutelados por el hábeas data) y establece dos causales de improcedencia (contra normas legales y resoluciones judiciales). En cuanto al derecho al medio ambiente, la Constitución de 1993 no contempla regla especial alguna sobre su protección a través del amparo.
- 32) Los tratados sobre derechos humanos constituyen fuente del Derecho procesal constitucional por cuanto reconocen el derecho a la protección judicial de derechos

fundamentales, cuyo contenido y alcances deben ser observados por los Estados al momento de desarrollar –a nivel legislativo y jurisprudencial- los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data, orientados a proteger de forma rápida y efectiva los derechos más importantes del ser humano. En este sentido, el marco legislativo nacional y el desarrollo jurisprudencial sobre los procesos constitucionales deben ser acordes con lo dispuesto en el derecho internacional de los derechos humanos.

33) La legislación procesal constitucional establece el marco normativo general y las principales reglas que deben ser observadas por los órganos jurisdiccionales para la defensa de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales. En el caso peruano, el desarrollo de esta legislación se divide en dos períodos. El primero se inicia en 1982 con la aprobación de la Ley 23506, vigente hasta el 1 diciembre del 2004; y el segundo se inicia en dicha fecha, cuando entra en vigencia el Código Procesal Constitucional. En el primer período, la legislación estuvo dispersa en diferentes leyes, modificadas en numerosas ocasiones, que a su vez fue elaborada -en su mayoría- alejada de los lineamientos de la teoría general del proceso, presentando deficiencias que limitaban un correcto desarrollo de los procesos constitucionales y, por lo tanto, alcanzar sus objetivos. Respecto a la protección del derecho al medio ambiente, la lista de derechos protegidos por el amparo prevista en el artículo 24° de la Ley N° 23506 no lo incluía. Si bien ello no significaba que no pudiese acudir al amparo para su protección, reflejaba que no se trataba de uno de los derechos que el legislador estuviese interesado en resaltar expresamente como protegido por esta vía. Sin embargo, mediante una modificación realizada en 1990 al artículo 26°, que regulaba la legitimidad para presentar

demandas de amparo, se incluyó una regla específica sobre la protección del medio ambiente, a fin de señalar que en tales casos la demanda podía ser interpuesta por cualquier persona, aun cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente, reconociendo igual atribución a las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro cuyo objeto fuere la defensa del medio ambiente.

34) El mayo del 2004 fue publicada la Ley N° 28237, que contiene el texto del Código Procesal Constitucional, cuyo aporte fue unificar la legislación procesal constitucional, desarrollar las instituciones de los procesos constitucionales desde la perspectiva de la teoría general del proceso, e incorporar importantes instituciones jurídicas, como el precedente vinculante, la actuación inmediata de sentencia impugnada, el reconocimiento del carácter subsidiario del proceso de amparo y el establecimiento de mecanismos coercitivos para el cumplimiento de las sentencias. A diferencia de la legislación anterior, el derecho al medio ambiente sí fue mencionado de forma expresa en el Código como parte de la lista de derechos que pueden ser protegidos a través del amparo (artículo 37°, inciso 23), lo que refleja la importancia que adquirió este derecho en el transcurso de varios años. Al igual que en la legislación anterior, el Código establece algunas reglas específicas respecto a la legitimidad para obrar con miras a su protección (artículo 40°). Más allá de esto, no existe alguna otra regla especial sobre la protección del derecho al medio ambiente a través del proceso de amparo.

35) El Código ha sido objeto de diversas modificaciones. Especial atención merece la Ley N° 28946, publicada en diciembre del 2006, mediante la cual se reformaron los artículos 3° y 15°, a fin de regular el amparo contra normas autoaplicativas y las

medidas cautelares a dictarse en estos casos; el artículo 51°, a fin de precisar la competencia territorial de los jueces que conocen demandas de amparo; etc. También debe hacerse mención a la Ley N° 29639, publicada el 24 de diciembre del 2010, que no modifica un artículo expreso del Código sino que regula el otorgamiento de medidas cautelares en cualquier proceso judicial, incluido el amparo, relacionado con el uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos. En términos generales, las normas modificadas del Código inciden en temas que también fueron objeto de cambios durante la legislación anterior, lo cual confirma que se trata de materias que, más de veinte años después, todavía siguen generando problemas, ante lo cual se han buscado respuestas de tipo normativo, cuando en realidad se trata de problemas que escapan a este ámbito y se centran más bien en la conducta de los operadores jurídicos, como los litigantes y los jueces.

- 36) La jurisprudencia como fuente del Derecho Procesal Constitucional se manifiesta a través de las sentencias emitidas en los procesos de inconstitucionalidad sobre la legislación procesal constitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el texto original de la norma del Código Procesal Constitucional que estableció un procedimiento especial para el trámite de las medidas cautelares que tuvieran por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional. Al respecto consideró que el Congreso de la República puede establecer procedimientos diferentes para el trámite de las medidas cautelares, siempre que existan razones justificadas y que no resulte contrario al derecho a la igualdad o a la tutela procesal cautelar. Con esta decisión, el legislador se encuentra habilitado para establecer procedimientos diferentes para

el pedido y concesión de medidas cautelares en materia de amparo. Ejemplo de ello lo constituye la Ley N° 29639, sobre medidas cautelares en procesos sobre recursos hidrobiológicos.

37) La jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional también se manifiesta a través de las decisiones del Tribunal Constitucional mediante las cuales se interpreta o se llenan los vacíos de la legislación procesal constitucional. Esta jurisprudencia se ha construido, sea porque han sido criterios reiterados de forma constante a través de varias decisiones uniformes o porque se ha invocado el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Estos lineamientos, conocidos como “doctrina jurisprudencial”, han sido dictados en temas como los amparos contra normas legales, contra resoluciones judiciales, contra amparo, contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y resoluciones arbitrales, la reconversión de procesos constitucionales, el recurso de agravio constitucional para resolver controversias sobre el cumplimiento de sentencias, la determinación de causales de improcedencia de demandas de amparo en materia laboral, el cómputo del plazo para presentar una demanda de amparo contra resoluciones judiciales, el recurso de agravio constitucional a favor del artículo 8° de la Constitución y el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional. Respecto al amparo para la protección del derecho al medio ambiente no se ha establecido jurisprudencia vinculante sobre algún tema procesal específico, a pesar de las particularidades del desarrollo del proceso de amparo para la tutela de este derecho fundamental.

38) A fin de fortalecer la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional, el Código Procesal Constitucional incorporó la institución del precedente vinculante (artículo VII del Título Preliminar), a la cual se ha acudido para precisar aspectos como la procedencia del amparo para la protección de derechos previsionales y laborales, la precisión de las características del mandato que debe contener una norma legal o acto administrativo para que proceda una demanda de cumplimiento, los alcances del amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, los supuestos en que procede el recurso de Agravio Constitucional, los supuestos para emitir un precedente vinculante, el amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente, el amparo contra resoluciones judiciales que inaplican normas que prohíben la importación de autos usados, el amparo contra amparo en material laboral, la modificación de una causal de improcedencia del amparo en materia laboral, y el amparo contra laudos arbitrales. Respecto al amparo para la protección del derecho al medio ambiente no se han establecido precedentes vinculantes específicos de índole procesal, a pesar de las particularidades del desarrollo del proceso de amparo para la tutela de este derecho fundamental.

39) La verificación de los presupuestos procesales en los procesos de tutela de derechos fundamentales puede ser sintetizada en los siguientes pasos: a) analizar si la controversia gira en torno a la protección de un derecho fundamental, b) analizar si el acto lesivo del derecho invocado cumple determinadas características y requisitos, y, c) analizar si existe alguna causal de improcedencia específica. En el caso de los dos primeros, para su análisis es necesario el adecuado manejo de categorías jurídicas propias del Derecho Constitucional, lo cual confirma que en el caso del

Derecho Procesal Constitucional, el estudio de sus instituciones procesales no pueden prescindir del conocimiento de conceptos de carácter sustantivo. En este sentido, el estudio del derecho fundamental al medio ambiente, su contenido constitucional y la interpretación del mismo resultan necesarios para evaluar los mecanismos procesales previstos para su protección en sede judicial.

40) Dejando de lado los derechos protegidos por otras vías, el proceso de amparo ha sido previsto en algunos países para la protección de todos los demás derechos constitucionales o sólo para algunos de ellos. La primera opción ha sido asumida en las constituciones de Bolivia, Ecuador, y Perú, en donde para iniciar un proceso de amparo sólo se debe precisar ante las autoridades jurisdiccionales cuál es el derecho reconocido en la Constitución que se encuentra amenazado o vulnerado. Dado que en el Perú, el derecho al medio ambiente cuenta con un reconocimiento expreso la Constitución, no cabe mayor duda sobre su protección a través del amparo. El Código Procesal Constitucional ratifica esta protección en el artículo 37°, inciso 23.

41) Si bien los derechos fundamentales se encuentran reconocidos en los textos constitucionales éstos no necesariamente precisan su contenido, labor que corresponde principalmente a la jurisprudencia, que debe identificar las facultades que se derivan del mismo y que deben ser objeto de protección a través de un proceso constitucional. En consecuencia, no cualquier situación o hecho que se invoque como contraria al medio ambiente da lugar al inicio de un proceso de amparo. En atención a la necesidad de identificar el contenido constitucionalmente protegido de este derecho y, a partir de ello, pronunciarse sobre si la controversia gira en torno a un tema de relevancia constitucional, el artículo 5°, inciso 1°, del

Código Procesal Constitucional dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando “los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. Esta causal de improcedencia ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional a propósito de demandas sobre temas y derechos específicos, en particular la protección de derechos previsionales. Con relación a la protección del derecho al medio ambiente, el Tribunal no ha desarrollado una jurisprudencia sobre la citada causal.

42) La correcta determinación del acto lesivo que se impugna a través de un proceso constitucional tiene importantes repercusiones para su desarrollo, pues resulta esencial para que gire en torno a un problema principal y específico, y no respecto a materias poco claras, accesorias o no relevantes para la resolución del tema de fondo. Asimismo, es de relevancia para que la autoridad judicial, en la sentencia respectiva, establezca un mandato concreto de dar, hacer o no hacer, que garantice el derecho afectado o amenazado. También permite verificar, con posterioridad al fallo, si lo ordenado por el juez se ha cumplido, o si –por el contrario- aún subsiste la amenaza o violación del derecho. De igual forma, si la sentencia establece de forma clara el acto lesivo que ha sido considerado como atentatorio de un derecho fundamental, se podrá identificar en forma rápida y sencilla si el mismo acto vuelve a llevarse a cabo, a fin de aplicar la represión del acto lesivo homogéneo. En cuanto a las medidas cautelares, la adecuada identificación del acto lesivo debe permitirle al juez precisar los alcances de su decisión.

43) Los actos lesivos pueden ser clasificados en función a determinados criterios, que permite evaluar la procedibilidad de una demanda. En este sentido, pueden ser clasificados en atención al modo de afectación de los derechos (acción u omisión). En el caso del derecho al medio ambiente, su contenido se relaciona con la obligación del Estado de adoptar medidas orientadas a garantizar que el mismo sea equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y los demás derechos de las personas, por lo que especial importancia tiene la identificación como actos lesivos de aquellas omisiones del Estado respecto a tales objetivos. En cuanto a las acciones, la jurisprudencia constitucional permite identificar que éstas por lo general se relacionan con conductas concretas respecto al desarrollo de determinadas actividades económicas.

44) El criterio referido a la identificación del momento en que los derechos fundamentales son afectados, permite clasificar los actos lesivos en actos pasados, presentes, futuros o de tracto sucesivo. En el caso del derecho al medio ambiente, los actos lesivos deben ser considerados como continuados o de tracto sucesivo, por cuanto difícilmente un problema sobre la emisión de ruidos molestos o la realización de una determinada actividad de explotación de recursos naturales, podría ser calificado, al momento de interponerse una demanda, como un acto realizado en el pasado.

45) Los procesos constitucionales tiene por objetivo la protección de derechos fundamentales, que puede concretarse mediante el restablecimiento de la situación de tales derechos al momento anterior a la concretización del acto lesivo. Por ello, al momento de examinar una demanda, la autoridad jurisdiccional debe identificar si el

derecho resulta reparable. El análisis de la reparabilidad del derecho exige evaluar todas las posibilidades que existen para su tutela. En el caso del derecho al medio ambiente, esta labor de los jueces presenta aspectos particulares, pues puede ocurrir que una determinada conducta no pueda ser revertida en su totalidad. Sin embargo, ello no debe ser obstáculo para negar el acceso al amparo, que en estos casos servirá para evitar que la afectación sea mayor.

46) Para que procedan las demandas de tutela de derechos fundamentales, el acto lesivo debe ser manifiesto, de modo tal que no se requiera acudir a una etapa probatoria. En el caso del derecho al medio ambiente, la prueba reviste especial importancia, pues corresponderá a la parte demandante acreditar la amenaza o afectación del derecho sobre la base de elementos que en la mayoría de casos puede implicar la revisión de información altamente especializada sobre la materia (informes, expedientes técnicos, estudios de impacto ambiental, etc.), lo que puede llevar a las autoridades jurisdiccionales a considerar imposible resolver la controversia a través de un amparo. En este sentido, las autoridades judiciales deben determinar si cuando se invoca la protección del derecho al medio ambiente el acto lesivo tiene que ser manifiesto y si necesariamente se debe declarar improcedente la demanda respectiva por contravenirse la finalidad del artículo 9º del Código Procesal Constitucional, que dispone la ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales.

47) En diversos países, el proceso de amparo constituye el mecanismo que permite obtener la tutela procesal especial y urgente que los derechos fundamentales exigen. Sin embargo, puede coexistir con otras vías procesales a través de las cuales se puede obtener la misma tutela procesal. En esta situación, una opción es establecer

que cuando existan otras vías procesales para la protección de los derechos fundamentales, no cabe acudir al proceso de amparo (tesis del amparo subsidiario). Otra es dejar en manos de la persona afectada en sus derechos la decisión de escoger la vía a la cual acudir (tesis del amparo alternativo). En el caso peruano, la primera opción –vigente por más de dos décadas- fue considerar al amparo como una vía alternativa para la protección de derechos fundamentales. El Código Procesal Constitucional la dejó de lado al disponer en el artículo 5°, inciso 2°, que no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha precisado del todo las características que debe tener una vía procesal para que se considere como igualmente satisfactoria que el amparo, situación que tiene una importante trascendencia en el caso del amparo para proteger el medio ambiente, por cuanto varias demandas son presentadas contra medidas administrativas del Estado, por lo que algunos órganos jurisdiccionales podrían entender que en tales supuestos corresponde acudir al proceso contencioso-administrativo. Además, también existen demandas dirigidas contra particulares o frente a amenazas, lo que obliga a evaluar si en tales circunstancias existe realmente una vía paralela para la protección del derecho al medio ambiente.

- 48) El amparo contra normas legales puede presentarse en dos escenarios. En uno, la demanda se interpone contra un acto que se sustenta en una norma contraria a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. En el otro, la demanda se presenta directamente contra la norma, por considerarse que ésta afecta tales derechos, sin que sea necesario esperar un acto concreto de aplicación de la misma,

es decir, por entenderse que resulta autoaplicativa. En ambos casos, si el juez considera que la norma es incompatible con la Constitución, determina su inaplicación en uso de la potestad de control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas. Sin embargo, lo que ha ocurrido en la práctica es una mala aplicación, incluso por parte del propio Tribunal, de los supuestos en que corresponde admitir demandas contra normas autoaplicativas. Los problemas originados por la indiscriminada presentación de demandas de amparo contra normas legales encuentran su manifestación más clara en los casos sobre casinos y máquinas tragamonedas y contra las normas que prohíben la importación de autos usados. En el caso de estos últimos, se trata de medidas adoptadas con la finalidad de proteger, entre otros, el derecho al medio ambiente.

- 49) Sobre la posibilidad de cuestionar una resolución judicial a través de un proceso de amparo, los argumentos a favor parten de la necesidad de no dejar exento de control cualquier acción estatal en la que se presuma la afectación de un derecho fundamental; pero, para no convertir al amparo en una instancia de revisión de las decisiones judiciales, supeditan su ejercicio a determinados criterios para su procedencia (tesis permisiva), relacionados con los derechos cuya tutela puede invocarse, el tipo de resoluciones que pueden ser impugnadas, las vías previas que deben agotarse e incluso el órgano competente para conocer este tipo de demandas. En el caso de los derechos cuya protección se puede invocar, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que estos no se limitan a los de índole procesal, pues puede ser cualquier derecho fundamental. Desde esta perspectiva, si del contenido de una resolución judicial se interpreta que pueda afectar el derecho al medio ambiente, tal situación podría ser cuestionada a través del proceso de amparo.

Similar criterio puede ser empleado en el caso de un amparo contra amparo, dado que constituye una modalidad de amparo contra resolución judicial.

50) Las vías previas son los recursos o mecanismos a través de los cuales se puede revisar, modificar o revocar el acto que lesiona un derecho fundamental, a los cuales corresponde acudir antes de dar inicio a un proceso constitucional. Por lo general, los recursos considerados como vías previas son los previstos para impugnar las decisiones de los entes administrativos, pero también se consideran como tales los recursos previstos para cuestionar una decisión emitida al interior de una organización privada, e incluso aquellos procesos previstos para resolver en sede jurisdiccional la afectación a un derecho constitucional. Al respecto, conforme se han ido estableciendo mecanismos de protección del medio ambiente a través de diversas entidades administrativas, corresponde a la jurisprudencia determinar si antes de acudir al amparo para la tutela del derecho al medio ambiente se debe agotar una vía previa, especialmente cuando se trata de decisiones de la administración que pudieran perjudicar este derecho. Dado que la excepción más importante a la exigencia de agotar las vías previas es la irreparabilidad del derecho invocado, las autoridades jurisdiccionales deben analizar la gravedad e intensidad del acto lesivo, de modo tal que puedan decidir si resulta apropiado exigir que se agote la vía previa o si más bien se admite la demanda.

51) El rechazo de plano de una demanda es la facultad que tienen los jueces para declarar su improcedencia sin necesidad de correr traslado a la otra parte, luego de evaluar que resulta manifiestamente improcedente y que no corresponde que la materia planteada sea vista a través del proceso judicial. Sin embargo, los problemas

que se originan por un inadecuado empleo del rechazo de plano de la demanda por parte de las autoridades judiciales, la demora en la decisión de ordenar que se admita a trámite la demanda indebidamente rechazada, los criterios establecidos por el Tribunal para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sin participación de la parte demandada y la correspondiente afectación de su derecho de defensa, son razones suficientes para evaluar si resulta conveniente continuar reconociendo en nuestro ordenamiento jurídico esta institución. A todo ello se debe agregar que, dos décadas después de haber sido incluida en nuestro ordenamiento jurídico, los problemas sobre su aplicación siguen siendo los mismos.

52) Dado que el amparo tiene por objetivo la defensa de derechos fundamentales, la legitimidad para dar inicio al proceso recae en la persona directamente afectada. Sin embargo, el progresivo reconocimiento de los denominados derechos de tercera generación, que no presentan una titularidad individual, sino colectiva o difusa, ha dado lugar al reconocimiento de una legitimidad procesal más amplia, en particular para la tutela del derecho al medio ambiente, acogida por la legislación procesal nacional (artículo 40 del Código Procesal Constitucional).

53) La posibilidad de reconocer a las personas jurídicas legitimidad para interponer una demanda de amparo ha generado posiciones diversas en el derecho comparado. Sin embargo, ello no ha ocurrido a nivel nacional. Respecto al derecho al medio ambiente, el tema cobra especial relevancia, en particular por la presentación de demandas de amparo por parte de asociaciones de ciudadanos a favor del derecho y por el inicio de este proceso por empresas con la finalidad de cuestionar normas

orientadas a proteger el medio ambiente, al considerarlas lesivas de las libertades económicas.

54) Sobre la legitimidad de las personas jurídicas de derecho público para presentar una demanda de amparo nosotros nos inclinamos por no reconocerla, por cuanto este proceso tiene como objetivo central proteger derechos fundamentales. Sin embargo, sí debe reconocérseles legitimidad cuando interponen una demanda para la protección de derechos difusos, como es el caso del medio ambiente.

55) En los procesos de tutela de derechos fundamentales, las medidas cautelares se orientan a garantizar la vigencia del derecho amenazado o vulnerado, a fin de que, una vez emitida la decisión final, se pueda dar cumplimiento al mandato del juez que ordena su protección. En el Perú, desde hace más de dos décadas, la aplicación de estas medidas ha generado diversos problemas, ante lo cual la respuesta ha sido la modificación del respectivo marco normativo, orientado a restringir su uso por parte de los litigantes y su concesión por parte de los jueces. El sustento de tales restricciones ha sido de diverso tipo, incluyendo la necesidad de proteger el orden público, la salud y los recursos naturales (como los casos relacionados con la importación de autos usados o el desconocimiento de las cutas de pesca). Si bien este tipo de medidas han sido objeto de críticas a nivel de la doctrina, el Tribunal Constitucional ha reconocido su compatibilidad con la Constitución, siempre que se sustenten en un fin legítimo y sean idóneas, necesarias y proporcionales a dicho objetivo. Sin embargo, los cambios normativos no han sido suficientes para solucionar el problema del indebido otorgamiento de medidas cautelares.

56) Las demandas de amparo orientadas a proteger el derecho al medio ambiente son también dirigidas contra particulares, a fin de cuestionar el desarrollo de alguna actividad que se considera que afecta este derecho. El Tribunal ha resuelto estas controversias apelando a criterios o métodos como la ponderación. Un conflicto que involucre a particulares presenta elementos especiales que deben ser tomados en cuenta y que no están presentes cuando la demanda respectiva es presentada contra entidades estatales.

57) La tutela procesal que se busca obtener a través de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales requiere de instrumentos que garanticen su efectividad, incluso antes de que los procesos hayan culminado, uno de los cuales consiste en otorgar al juez la facultad para disponer el cumplimiento de la sentencia estimatoria de primer grado, sin perjuicio de que contra lo decidido se presente una apelación. Esta institución es conocida como la actuación inmediata de sentencia impugnada, reconocida en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional y que puede evitar la irreparabilidad de los derechos cuya tutela se solicita, como el medio ambiente. Dado que la actuación inmediata es inherente a la tutela procesal que requieren los derechos fundamentales, debe estar presente en cualquier otro proceso que pretenda ser comparado como igualmente satisfactorio que el amparo.

58) La normativa sobre el amparo debe contemplar plazos cortos para la resolución de las demandas en las diferentes instancias. Al respecto pueden presentarse dos opciones: establecer un plazo máximo en cada una de las instancias que resuelven la demanda o establecer plazos por etapas del proceso. La opción por establecer un plazo máximo en cada una de las instancias que intervienen busca evitar la

prolongación del proceso en base a diferentes interpretaciones u omisiones normativas sobre la duración de las respectivas actuaciones procesales (contestación, realización de la audiencia, etc.). Esta opción debería ser aplicada especialmente para la resolución del proceso a nivel de la primera instancia, que es la más importante, por cuanto la tutela urgente se concreta realmente en esta fase en el proceso. Sin embargo, en el Perú el Código Procesal Constitucional no establece un plazo máximo para resolver un amparo a nivel de primera o segunda instancia, aunque sí lo hace respecto al Tribunal Constitucional. En términos generales, el Código ha previsto plazos respecto a etapas o actuaciones procesales específicas.

- 59) Una realidad que no puede ser desconocida en los procesos constitucionales de tutela de derechos es el incumplimiento de las sentencias mediante las cuales se establece un mandato específico (sentencia de condena de dar, hacer o no hacer) a fin de tutelar los derechos amenazados o vulnerados. Esta situación obliga a adoptar las medidas necesarias para que se cumpla lo decidido por las autoridades jurisdiccionales. Dado que en los procesos constitucionales se obtiene una tutela procesal de condena (sentencia de condena), se hace necesario adoptar medidas idóneas para que el mandato de hacer, no hacer o dar, sea cumplido. Al respecto, el Código Procesal Constitucional contempla en el artículo 22° la posibilidad de que el juez aplique medidas coercitivas de multa y destitución para lograr el cumplimiento de las sentencias, para lo cual se debe tomar en consideración el “contenido específico del mandato” y “la magnitud del agravio constitucional”. Si bien con esta norma se buscó dar un paso importante a nivel legislativo para lograr que las sentencias en materia de derechos fundamentales sean cumplidas, no se puede

afirmar que la opción por el apercibimiento de la aplicación de multas o de una destitución haya reducido el grado de incumplimiento de sentencias.

60) La parte resolutive de una sentencia es de suma importancia para lograr su cumplimiento, razón por la cual corresponde que en ella se precise de forma clara el derecho que ha sido identificado por el juez como amenazado o vulnerado; el acto lesivo (acción u omisión) del derecho; el mandato concreto (hacer, no hacer o dar) que debe ser llevado a cabo para su protección; la autoridad, funcionario o persona a quien corresponde cumplir el mandato; el plazo para su cumplimiento y las medidas coercitivas a aplicar en caso de incumplimiento. De esta manera, se garantiza que la protección judicial de derechos fundamentales sea realmente efectiva, pues evita posteriores errores o interpretaciones divergentes sobre lo ordenado por las autoridades jurisdiccionales. Sin embargo, una revisión aleatoria de algunas sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional en materia de protección del derecho al medio ambiente permite identificar diferentes formas de redactar la parte resolutive, que reflejan la falta de uniformidad en torno a este tema y la falta de precisión de todos los aspectos que deberían estar contenidos en ella.

61) Una garantía del derecho al cumplimiento de las sentencias es que ésta sea ejecutada conforme a sus propios términos. Sin embargo, es probable que puedan existir discrepancias sobre lo ordenado en una sentencia, por diferentes razones, como por ejemplo, que no se haya establecido de forma clara el mandato para tutelar los derechos afectados o que exista una interpretación distinta sobre lo ordenado en la sentencia. Tal situación da lugar a la necesidad de identificar vías procesales para la resolución de estas controversias que surjan en la etapa de ejecución de la sentencia.

Una opción es acudir a un proceso de amparo, pero otra es impugnar ante un tribunal superior la decisión del órgano de ejecución sobre la forma de dar cumplimiento a la sentencia, con la posibilidad que ello llegue a conocimiento del Tribunal, incluso si la duda surge respecto a una sentencia emitida por el Poder Judicial. En materia ambiental, un ejemplo de esta revisión por parte del Tribunal Constitucional de las dudas surgidas respecto al cumplimiento de una sentencia emitida por el Poder Judicial se dio en el caso de la demanda de amparo interpuesta por el Gobierno Regional del Cusco contra el Gobierno Regional de Arequipa y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), respecto a la ejecución del proyecto Majes-Siguas II.

- 62) La sentencia que declara fundada una demanda de tutela de derechos fundamentales debe ser cumplida conforme a sus propios términos. Sin embargo, puede ocurrir que con posterioridad al cumplimiento de la sentencia se reitere el mismo acto lesivo, ante lo cual una alternativa es iniciar un nuevo proceso constitucional, pero ello implicaría evaluar si se cumplen los presupuestos procesales exigibles para que proceda una demanda de este tipo; por lo que una segunda opción es solicitar la represión de actos lesivos homogéneos, institución que encuentra su fundamento en el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, que obliga a los Estados a establecer mecanismos efectivos y rápidos para la protección de estos derechos. La aplicación de esta técnica podría presentarse, por ejemplo, ante situaciones en donde se haya identificado como un acto lesivo del derecho al medio ambiente la realización de una determinada actividad económica en un área protegida, y con posterioridad al cumplimiento de la sentencia que ordenó no seguir realizándola, la misma vuelve a llevarse a cabo.

63) A nivel de primera instancia, los criterios más importantes para determinar los órganos jurisdiccionales competentes para resolver los procesos de tutela de derechos fundamentales son el territorio, el grado y la materia. La importancia del criterio del territorio se relaciona con el principio de inmediación, por medio del cual se busca que los órganos jurisdiccionales puedan conocer de forma directa la afectación de los derechos invocados, de modo tal que puedan verificar los actos lesivos descritos en la demanda, lo que incluso puede implicar que se apersonen al lugar en donde sea posible constatar situaciones como la contaminación de un río o la construcción de una fábrica en un área protegida. Por ello, en el caso del derecho al medio ambiente los litigantes deben elegir adecuadamente el lugar donde presentarán su demanda, en particular porque estamos ante un derecho de carácter difuso, que puede implicar que un problema ambiental tenga su origen y sus repercusiones en diversos lugares.

64) La importancia del criterio del grado se aprecia en cuanto a la conformación de los órganos jurisdiccionales (unipersonales o colegiados), la carga procesal y el tiempo empleado para resolver los procesos en trámite. Dado que la tutela de los derechos debe ser urgente, la opción legislativa debe ser otorgar competencia en primera instancia a un órgano unipersonal, que puede adoptar decisiones de forma inmediata para la mejor resolución de la controversia, desde la determinación de las acciones que sean necesarias, como acudir al lugar de los hechos, hasta la decisión final misma del caso.

65) En el Perú, el legislador ha asignado el conocimiento de los procesos constitucionales a los jueces especializados en derecho civil, cuya formación no se relaciona con la tutela de derechos fundamentales sino con la resolución de controversias de índole patrimonial. Asimismo, se trata de magistrados que se encuentran más familiarizados con el desarrollo de los procesos judiciales desde una perspectiva más ordinaria, antes que con un enfoque que privilegia la tutela de urgencia. Esta opción ha buscado ser modificada mediante la creación paulatina de juzgados especializados en materia de procesos constitucionales. Sin embargo, ello no garantiza contar con la especialidad necesaria para resolver una controversia sobre la protección del derecho al medio ambiente.

66) De la fortaleza o debilidad de la magistratura constitucional depende el desarrollo de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. En este sentido, cuando una persona presenta una demanda de amparo su intención es que dicho proceso sea resuelto de la manera más pronta posible, con un fallo que precise claramente si el derecho ha sido afectado y, en caso afirmativo, que señale qué medida de ser adoptada para lograr su protección. Lamentablemente, durante la vigencia de la Constitución de 1979 y el gobierno autoritario del ex presidente Fujimori, los objetivos del amparo prácticamente fueron distorsionados y se acudió al mismo para alcanzar finalidades distintas a la protección de derechos fundamentales. Además, las reformas normativas constantes a este proceso se orientaron a restarle eficacia. Ante ambas situaciones, el Poder Judicial no actuó a la altura de las expectativas. Luego del retorno a la democracia a finales del año 2000, el Poder Judicial se encontró ante el reto de llevar a cabo una verdadera reforma que

le permitiera hacer frente a las exigencias ciudadanas. Sin embargo, los logros en materia de protección de derechos fundamentales son todavía menores.

67) Si bien la Constitución de 1979 incorporó la institución del Tribunal en nuestro ordenamiento jurídico, bajo la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), su funcionamiento -desde que quedó constituido en noviembre de 1982 hasta su autoritario cierre el 5 de abril de 1992- dejó mucho que desear, en parte por las limitadas competencias que tuvo en materia de procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus, pues actuaba como una instancia de casación. Si bien la Constitución de 1993 mantuvo la institución, bajo la denominación de Tribunal Constitucional, recién en 1995 fue aprobada su nueva ley orgánica y entre abril y mayo de 1996 fueron designados sus integrantes. El 24 de junio de 1996 el nuevo Tribunal Constitucional inició sus actividades. Sin embargo, el gobierno de turno no permitió que este órgano de control constitucional actuara con independencia y en mayo de 1997 tres de sus integrantes fueron destituidos, con lo cual funcionó únicamente con cuatro magistrados, sin dictar pronunciamientos de trascendencia a favor de los derechos fundamentales.

68) Con el retorno a la democracia a finales del año 2000, la reincorporación de los tres magistrados arbitrariamente destituidos en 1997 y la elección en el 2002 de cuatro nuevos integrantes, el Tribunal dio un giro sorprendente. Por primera vez, el Perú contaba con un órgano jurisdiccional cuyas sentencias contenían un análisis sustantivo sobre los derechos fundamentales y la Constitución. En el período 2002-2007 se contó con un auténtico intérprete de la Constitución, cuyas decisiones podrán ser en la mayoría de casos polémicas y discutibles, lo cual es inevitable, pero

que no dejan duda sobre la aplicación de importantes argumentos jurídicos para sustentar una decisión. Sin embargo, no pude dejarse de mencionar que a partir del año 2008, diversos problemas internos –ampliamente difundidos por los medios de comunicación- dieron lugar a una disminución de la calidad de los fallos del Tribunal. Tal situación se evidencia principalmente en el hecho de haberse revocado precedentes vinculantes (algo realmente inédito) o en el hecho que las decisiones del Tribunal sean una reiteración de la jurisprudencia anteriormente emitida. La disminución de la calidad de las resoluciones se aprecia principalmente cuando, ante casos de especial importancia para la defensa de derechos como el medio ambiente, el uso de las instituciones procesales no ha estado orientada a la tutela del derecho invocado, sino a dar respuestas carentes de la fuerza necesaria para alcanzar ese fin.

Sobre la tutela procesal del derecho al medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

69) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el empleo del proceso de amparo para la protección del derecho al medio ha atravesado por diferentes etapas, las cuales pueden ser identificadas tomando en consideración el grado de análisis de las instituciones procesales en función al derecho invocado, la opción asumida respecto a la necesidad de garantizar su protección e incluso la conformación del órgano de control.

70) En una primera etapa (1996-2001), el Tribunal resolvió las demandas sin identificar o desarrollar instituciones procesales en concordancia con las particularidades del derecho al medio ambiente. Este período estuvo caracterizado por problemas en el

funcionamiento del Tribunal como consecuencia de la intervención política. Además, la jurisprudencia constitucional presentaba escasos argumentos jurídicos para la resolución de las controversias, en particular de aquellas que implicaban el análisis de materias novedosas. Como ejemplo de esta situación se encuentran los casos Linares Cornejo (1998) y Cruz del Sur (2001).

71) En una segunda etapa (2002-2007), el Tribunal realizó un mayor análisis de las controversias sometidas a su conocimiento y formuló lineamientos importantes relacionados con la tutela procesal del derecho al medio ambiente. Así por ejemplo, en el primer caso sobre la instalación de antenas para el funcionamiento de teléfonos celulares (2003) se formularon los conceptos básicos sobre el contenido y alcances del derecho al medio ambiente, que se siguen empleando hasta el momento. Otra característica de este período son los fallos en los cuales se puede apreciar un interés por parte del Tribunal por evitar declarar la improcedencia de las demandas, empleando argumentos orientados a garantizar que se emita un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, como ocurrió en el caso Depósitos Químicos Mineros (2003).

72) En este período, a partir de los casos Sociedad Minera y Yanacocha (2003) y Cerro Quilish (2003) se pudo apreciar una clara orientación del Tribunal Constitucional por examinar las controversias con un enfoque que armonice las competencias de los gobiernos locales a favor del medio ambiente con los derechos de las empresas mineras. En los argumentos de estos fallos no se aprecia alguna premisa que permita afirmar una posición a favor de una u otra parte, sino una clara delimitación de lo que se alegaba como una violación de derechos fundamentales, a efectos de concluir

que la misma no se llegaba a concretar. Del mismo modo, ambos casos permiten realizar una reflexión complementaria, que se volverá a reiterar en casos posteriores. Nos referimos al hecho que en la relación procesal existía de un lado importantes empresas mineras, mientras que en la otra parte estaban municipalidades provinciales, de lo cual es posible deducir que mientras las primeras contaron con una importante asesoría jurídica, las municipalidades se limitaron a contar con la defensa propia a cargo de sus procuradores o de instituciones dedicadas a la defensa del medio ambiente. A partir de estos fallos del Tribunal quedó establecido que las empresas mineras no podían acudir al proceso de amparo para cuestionar las normas expedidas por una municipalidad sustentadas en la protección del ambiente. Sin embargo, una posición diferente será asumida por el Tribunal cuando empiece a pronunciarse sobre las mismas ordenanzas, pero a propósito de demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Poder Ejecutivo contra normas con similar contenido.

73) En una tercera etapa, del 2008 a la fecha, se aprecia una falta de claridad en torno al tema de nuestra investigación, lo que genera inseguridad en cuanto a los reales alcances del amparo como mecanismo de tutela del derecho al medio ambiente. A diferencia del período anterior, se aprecian casos en donde se prefirió no emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, ordenándose que la controversia sea nuevamente vista por las instancias judiciales previas o analizada en una vía procesal distinta al amparo, aunque sin precisarse cuál sería esa vía y dejando en la incertidumbre al demandante. Tal situación se refleja en casos de especial importancia, como el de la demanda interpuesta por la empresa Minera Yanacocha S.R.LTDA contra una ordenanza que declaraba una zona como área de conservación

ambiental (2011) o la interpuesta por SEDAPAL con la finalidad que se ejecute el Proyecto Interceptor Norte (2011).

74) La resolución de las controversias que han llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional no presenta uniformidad en cuanto a los argumentos empleados. Las premisas, los análisis de fondo, la evaluación de los presupuestos procesales y la forma en que finalmente se falla, distan mucho de tener elementos comunes, lo que demuestra la falta de una metodología para resolver las demandas, por lo que resulta lógico encontrar fallos que difieren entre sí respecto al enfoque de un tema determinado, como la procedencia del amparo ante una controversia que requiere elementos probatorios.

75) En los fallos del Tribunal se aprecia deficiencias en la identificación de los actos lesivos, la evaluación de los presupuestos procesales y de las causales de improcedencia. Asimismo, no se presenta una tendencia uniforme respecto a las demandas de especial complejidad, que en un principio no deberían dar lugar a un amparo, pero que ante la ausencia de otro mecanismo de protección judicial obliga a ampliar su ámbito de tutela y relativizar algunos presupuestos procesales, pues en caso contrario el derecho al medio ambiente se quedaría sin la posibilidad de alcanzar una protección judicial.

76) Existen casos en donde los actos lesivos y las pretensiones son similares, lo cual le ha permitido al Tribunal Constitucional precisar o incluso variar su línea jurisprudencial sobre cómo resolver determinadas controversias. Un ejemplo de ello ha ocurrido respecto a los casos relacionados con la instalación de antenas para

teléfonos celulares cerca a zonas residenciales. Entre las dos sentencias analizadas existe una manera distinta de resolver la controversia, pues mientras en la primera (2003) básicamente se analizó el cumplimiento de las autorizaciones para la instalación de las antenas (un tema esencialmente administrativo), en la segunda (2007) se prestó especial atención –más allá del cumplimiento o no de las exigencias de carácter administrativo- a los reales riesgos que pueden existir respecto a la exposición radioeléctrica, siendo esto último lo que se reiterará como tendencia jurisprudencial en posteriores fallos del Tribunal.

77) En determinados casos, la resolución de los amparos sobre materia ambiental se ha centrado en analizar o verificar si se cumplieron con determinados requisitos o exigencias previstas legalmente para el desarrollo de alguna actividad empresarial o industrial. En estos casos, las decisiones del Tribunal contienen argumentos más propios de un procedimiento administrativo o contencioso-administrativo. En todo caso, de esta opción podría concluirse que un acto lesivo del derecho al medio ambiente lo constituye la inobservancia de tales requisitos legales.

78) Desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter difuso del derecho al medio ambiente y equilibrado, a partir de lo cual ha tomado decisiones de carácter procesal, como por ejemplo, continuar conociendo una determinada controversia a pesar que la persona que interpuso la demanda solicitó el desistimiento. En el caso sobre los residuos sólidos “La Cucaracha” (2007), el Tribunal afirmó que existe una incompatibilidad entre el desistimiento y la protección de los derechos difusos, decisión que refleja la necesidad de aplicar las instituciones procesales en concordancia con las particularidades que presentan

algunas situaciones específicas, como el uso del amparo para la tutela de derechos fundamentales de carácter difuso como el medio ambiente.

79) Las demandas de amparo para la protección del derecho al medio ambiente han sido presentadas por personas naturales que consideran que determinada acción u omisión resulta lesiva del mismo. En estos casos, la demanda ha sido presentada por una sola persona o por varias que coinciden en una misma pretensión respecto a un mismo acto lesivo. Esto último sucedió, por ejemplo, en los casos La Recoleta (2007), respecto a las obras de construcción que se llevaban a cabo en un colegio y el funcionamiento de su coliseo; Parque Castilla (2009), respecto a la remodelación del mencionado parque; y Busé Thorne y otros (2011), respecto al tránsito de vehículos de carga pesada en una zona cercana a una reserva ecológica.

80) Las demandas de amparo han sido presentadas también por personas jurídicas cuyo trabajo se relaciona con la protección del medio ambiente. Así fue en el caso de la Asociación Promotores de Salud del Vicariato San José del Amazonas “Blandine Masicote Perú” (para proteger la Cuenca del Mazán), de la organización no gubernamental Proterra (para evitar el funcionamiento de una fábrica en una zona que debía ser protegida), la Asociación Civil Autogestionaria de Servicios de Saneamiento de la Zona Cerro Verde – JAPACEV (para proteger la zona del mismo nombre), el Comité de Defensa Ecológica del Parque “Ramón Castilla” (para proteger el parque del mismo nombre), la Federación Nativa de Madre de Dios y Ríos afluentes (para conservar el agua y otros recursos de un área natural protegida), la Asociación Protectora de Animales y Reservas Ecológicas (para proteger las actividades de una entidad con fines ecológicos), entre otros.

81) Aunque no es una regla general, algunas entidades estatales han presentado demandas de amparo para proteger el derecho al medio ambiente. Tal fue el caso de la demanda interpuesta por SEDAPAL S.A contra dos sentencias de amparo que impedían realizar obras orientadas a garantizar dicho derecho, frente al peligro que representaba un sistema de aguas servidas que había colapsado. En este caso, resuelto por el Tribunal Constitucional en el 2011, se habilitó esa legitimidad en función del artículo 40° del Código Procesal Constitucional. También se puede citar la demanda interpuesta por la Municipalidad Distrital de Barraquita contra la venta de 30,000 hectáreas de bosque a una empresa (resuelta por el Tribunal en el 2011) o la demanda presentada por el Gobierno Regional de Cusco respecto al proyecto Majes-Sihuas II (resuelta también en el 2011). El reconocimiento a las personas jurídicas de derecho público para interponer demandas de amparo a favor del derecho al medio ambiente ha dado lugar a que existan procesos en donde tanto la parte demandante como la parte demandada son entidades estatales.

82) Determinadas empresas han interpuesto demandas de amparo contra actos o normas sustentadas en la protección del derecho al ambiente pero que limitaban sus actividades económicas. En estos casos, los derechos invocados con más frecuencia fueron las libertades económicas, así como la libertad de trabajo o el derecho de propiedad. Se pueden citar al respecto los casos Cruz del Sur (2003), Sociedad Minera y Yanacocha (2003), Importación de vehículos usados (2010) y Minera Yanacocha S.R.LTDA (2011).

83) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la protección del derecho al medio ambiente se ha dado a propósito de controversias con diferente alcance. Entre los actos lesivos que han dado lugar a la interposición de demandas de amparo se encuentran: ordenanzas de gobiernos locales que establecen áreas de conservación ambiental o prohíben la circulación de determinados vehículos en determinadas zonas de una ciudad, decisiones administrativas relacionadas con la venta de terrenos dedicados a parques públicos, informes técnicos que no siguieron u observaron el procedimiento previsto a nivel normativo, instalación de antenas en zonas cercanas a domicilios, ruidos molestos, autorizaciones para el funcionamiento de vertederos de residuos sólidos, autorizaciones para concesiones forestales, explotación de recursos naturales, obras de remodelación llevadas a cabo por gobiernos locales, etc.

84) Los actos lesivos invocados en los casos resueltos por el Tribunal Constitucional han tenido un distinto origen, pues han sido llevados a cabo por diferentes personas, naturales o jurídicas. En varios casos, las demandas fueron presentadas contra todas las personas relacionadas con el acto lesivo, sea porque llevaron a cabo un acto previo que permitió el mismo, o un acto posterior que era consecuencia aquél (a modo de ejemplo se pueden citar los casos Depósitos Químicos Mineros -2003- y Proterra vs. Ambev -2006). Al respecto, los demandantes deberían ser precisos en cuanto al acto lesivo que buscan cuestionar a través del amparo, pues ello facilitará la labor de las autoridades jurisdiccionales. Una identificación adecuada del acto lesivo permitirá una mayor precisión en la sentencia sobre la medida que tiene que ser adoptada para proteger el derecho. Desde otro enfoque, a menos demandados,

menos posibilidades de demora en un proceso por posibles cuestionamientos relacionados con la falta de legitimidad para obrar pasiva.

85) Dado que los actos lesivos en los amparos ambientales son de un alcance y magnitud mayor que en los procesos de tutela de derechos de carácter individual, las demandas son interpuestas contra una pluralidad de personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas. Esto da lugar a que se presenten dudas en torno a quién demandar, pues existen situaciones en las cuales no sólo se produce un acto lesivo, sino una secuencia de actos, lo que obliga a demandar a varios sujetos. Como consecuencia de tal situación, se ha identificado casos en donde se presentaron excepciones de legitimidad para obrar pasiva, las mismas que fueron resueltas de forma distinta por las diversas instancias que conocieron el proceso.

86) Si bien el proceso de amparo y el proceso de cumplimiento se encuentran reconocidos como procesos constitucionales en la Constitución de 1993, sólo el primero puede ser considerado como tal, dado que su objetivo directo es la protección de derechos fundamentales ante una acción u omisión que los amenaza o vulnera; mientras que el segundo tiene una finalidad diversa, más cercana al Derecho Administrativo, cual es hacer frente a la inactividad de la Administración Pública. Sin embargo, ambos procesos coinciden en que pueden ser empleados frente a una omisión de las autoridades o funcionarios en el cumplimiento de una norma legal o un acto administrativo, diferenciándose en cuanto al procedimiento a seguir y el análisis para la resolución de la controversia, por cuanto en el amparo el juez verifica si se ha afectado un derecho fundamental como consecuencia de la omisión, mientras que en el proceso de cumplimiento se verifica si la administración

no cumple con un mandato obligatorio. En el caso La Oroya (2006) se interpuso una demanda de cumplimiento, en donde el Tribunal identificó un conjunto de omisiones por parte de las entidades estatales competentes ante hechos concretos que implicaban la afectación del medio ambiente. Lamentablemente, los mandatos contenidos en la sentencia no pudieron ser cumplidos de forma inmediata, como pudo ser verificado por instancias como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

87) Se han presentado casos de demandas de amparo contra sentencias de amparo emitidas para la protección del derecho al medio ambiente (amparo contra amparo), invocándose la afectación de diversos derechos. A modo de ejemplo se puede citar la demanda interpuesta por personas que contaban con concesiones forestales a su favor, pero que fueron dejadas sin efecto a través de un amparo (caso Cuenca del Mazán); así como la demanda interpuesta por SEDAPAL S.A respecto al Proyecto Interceptor Norte. Esta situación no debe dar lugar a que se impida el cumplimiento de lo decidido en el primer amparo; sin embargo, puede generar incertidumbre sobre la vigencia de las medidas ordenadas para tutelar el medio ambiente.

88) Los casos que llegan a conocimiento del Tribunal Constitucional son aquellos que han recibido una respuesta negativa a nivel del Poder Judicial. A partir de las reseñas que hace el Tribunal sobre el pronunciamiento de las instancias judiciales previas, se puede observar una tendencia por emitir pronunciamientos relacionados con la improcedencia de la demanda, sin emisión de una decisión sobre el fondo de la controversia. Supuestos de improcedencia invocados con frecuencia son la

ausencia de una etapa probatoria en el proceso de amparo, así como la existencia de otras vías procesales más adecuadas para la resolución de las controversias.

89) En los casos de demandas de amparo contra la amenaza de afectación del derecho al medio ambiente, corresponde analizar si la misma es cierta e inminente, a fin de que sea declarada procedente. Sin embargo, éste no es un razonamiento común en los fallos del Tribunal Constitucional, como se aprecia en los casos Cuenca del Mazán (2007) y Cordillera Escalera (2009). Esto no debe ser visto como una mera formalidad, pues es necesario verificar que se cumplan los presupuestos procesales previstos legalmente para que proceda una demanda de amparo.

90) El principio de precaución o precautorio ha sido empleado por el Tribunal Constitucional para resolver controversias relacionadas con el derecho al medio ambiente, como el caso Nextel 1 (2003) y Nextel 2 (2007). En sus fallos, lo emplea para precisar que corresponde al Estado adoptar medidas que eviten su afectación, apreciándose que no busca equiparar la precaución con amenazas ciertas e inminentes al medio ambiente desde un punto de vista procesal.

91) Los amparos contra normas legales son una constante en los casos relacionados con el derecho al medio ambiente. Por lo general se interponen contra ordenanzas de gobiernos locales o regionales mediante las cuales se adopta una medida sustentada en la protección del medio ambiente y que implican la prohibición o restricción para la realización de alguna actividad de económica. En estos casos, el Tribunal no analiza si las normas son autoaplicativas, es decir, no evalúa los presupuestos que habilitan iniciar un amparo contra normas legales. Se pueden citar al respecto los

casos Cruz del Sur (2003), Sociedad Minera y Yanacocha (2003), Cerro Qulish (2003) y Minera Yanacocha S.R.LTDA (2011), respecto a demandas de amparo presentadas contra ordenanzas municipales y regionales, y Dragas Mineras (2012), respecto a una demanda de amparo interpuesta contra un decreto legislativo.

92) La prueba en los procesos de amparo sobre temas ambientales ha dado lugar a diferentes respuestas por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado, incluido el Tribunal Constitucional. En la mayoría de casos se decreta la improcedencia de las demandas argumentándose que el amparo carece de etapa probatoria. Si bien se deja abierta la posibilidad que la parte demandante acuda a otro proceso, no se suele indicar cuál podría ser esa otra vía. El problema se agrava si se toma en cuenta que no existen vías procesales idóneas para hacer frente a amenazas de afectación de derechos. A nuestra consideración, la posición asumida por el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones, de considerar que en estos casos no debería declararse improcedente la demanda sino optarse por el desarrollo del proceso con miras a la resolución de la controversia, constituye una posición acorde con la tutela procesal que se requiere. Muestra de esta tendencia se aprecia en el caso Proterra vs. Ambev (2006). Lamentablemente, también el Tribunal ha tenido fallos en sentido contrario, como se aprecia en la resolución sobre el caso Río Chira (2008), resuelta por magistrados diferentes.

93) La prescripción no suele ser una causal de improcedencia frecuente. Sobre este tema, en el caso de la Municipalidad Distrital de Barranquita (2011), en donde el acto lesivo era la venta de 3,000 hectáreas de bosque, el Tribunal consideró que no procedía aplicar la institución de la prescripción, aunque no quedó claro en su

argumento si todo acto lesivo del derecho al medio ambiente cabe ser calificado como continuado o de tracto sucesivo, o si en este caso particular podía ser considerado como tal, en atención al contenido de la resolución administrativa impugnada.

94) A diferencia de los procesos orientados a la protección de derechos individuales o subjetivos, en los amparos ambientales corresponde a los jueces realizar una labor mucho más activa para contar con todos los elementos que le permitan tomar una decisión sobre la controversia puesta a su conocimiento. Esta conducta se ajusta a su calidad de director del proceso, como principio que debe ser observado con mayor intensidad. En no pocas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha identificado la falta de acción de los jueces orientada a la mejor resolución de la controversia.

95) Un importante número de controversias sobre la tutela procesal del derecho al medio ambiente tuvo su origen en provincias que atraviesan por serios conflictos sociales de naturaleza ambiental. Ello podría generar algunas dudas sobre la falta de imparcialidad por parte de los magistrados de primera y segunda instancia que resuelven las demandas respectivas. En todo caso, las decisiones del Poder Judicial reflejan que no necesariamente los órganos jurisdiccionales que pertenecen a una jurisdicción donde se aprecia un conflicto social emiten un fallo acorde con las exigencias ciudadanas, lo que para algunos puede reflejar un signo de independencia en la resolución de las controversias de índole jurídica y, para otros, una forma de evadir la expedición de una sentencia con un impacto social y económico importante.

- 96) En cuanto a la competencia de los jueces, el criterio de la territorialidad adquiere especial interés, por cuanto –como ha señalado el Tribunal Constitucional en el caso Federación Nativa de Madre de Dios (2011)- el carácter difuso del derecho al medio ambiente y la indeterminación de su titularidad puede verse afectado en diversos lugares que también pueden resultar indeterminados.
- 97) La duración de los procesos de amparo en materia ambiental puede dar lugar a que al momento de emitirse la decisión de última instancia, los hechos planteados en la demanda hayan variado sustantivamente, lo cual explica que en algunos casos no quede del todo claro el contenido de la sentencia final. En el caso *Coordillera Escalera*, por ejemplo, de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal se aprecia que no existía certeza sobre la etapa en que se encontraban las actividades de las empresas demandadas, pues se refirió al supuesto que se vayan a realizar (en tal caso, las prohibió) o que se estén realizando (en tal caso, las suspendió).
- 98) La demora en los procesos de amparo también puede dar lugar a que los actos lesivos hayan cesado o devenido en irreparables, ante lo cual una opción es aplicar el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional, con miras a que la sentencia tenga un efecto a futuro respecto a actos lesivos homogéneos. Esta medida fue adoptada, por ejemplo, en el caso *Parque Castilla* (2009), en el cual las obras de remodelación del mismo ya habían concluido cuando el Tribunal Constitucional emitió su sentencia.
- 99) Las sentencias en los procesos de amparo sólo pueden ejecutarse plenamente cuando el mandato ordenado es claro y preciso en cuanto a sus alcances. La respuesta dada

por el Poder Judicial en el caso Majes-Sihuas es una muestra de los problemas que se presentan cuando las autoridades jurisdiccionales no cumplen con ello, generando mayor dilación en el cumplimiento de los fallos a favor del derecho al medio ambiente.

- 100) El Tribunal Constitucional peruano, al analizar las instituciones del proceso de amparo cuando es empleado para la tutela del medio ambiente, no invoca alguno de los fundamentos que sustentan su reconocimiento como derechos fundamental para, a partir de dicho reconocimiento, establecer nuevas perspectivas de análisis o de empleo de tales instituciones procesales.

VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS

- 101) Por lo expuesto, consideramos que hemos demostrado nuestra hipótesis, cual es que en el Perú, el proceso constitucional de amparo presenta serias deficiencias, que impiden que a través del mismo se pueda alcanzar una tutela judicial rápida y efectiva del derecho fundamental al medio ambiente equilibrado y adecuado.



ABA CATOIRA, Ana

2001 *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*. Madrid: Tecnos.

ABAD YUPANQUI, Samuel

2004 *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

2008 *El proceso constitucional de amparo*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica.

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS

2004 *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

ACUÑA, Juan Manuel

2006 “Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia jurídica de los derechos sociales en la experiencia comparada”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 6, pp. 3-27.

AGUADO RENEDO, César

2001 “La difícil concepción del medio ambiente como derecho constitucional en el ordenamiento Español”. *Revista Derecho del Estado*. Número 10, pp. 53-66.

ALEGRE CHANG, Ada

2009 “Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la “vida”. En *Los Derechos Fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 469-490.

ALEXY, Robert

1997 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

2007 *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra.

ALONSO GARCÍA, Enrique

1984 *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALONSO GARCÍA, Enrique (et. al.)

1999 “El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y ultraeficacia protectora”. *Revista de Administración Pública*. Número 148, pp. 99-132.

AMAYA NAVAS, Oscar Darío

2001 “Justicia constitucional ambiental en Colombia”. En: HERERRA RICARDO (et. al.). *Justicia ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 229-258.

2003 “La naturaleza jurídica del derecho a gozar e un ambiente sano en el derecho constitucional comparado”. En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 11-52.

ASTUDILLO, César

2008 “Doce tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 8, pp. 41-87.

AYALA CORAO, Carlos

1994 “El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)”. *Lecturas Constitucionales Andinas*. Número 3, pp. 51-85.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa

1990 *La interpretación de la Constitución por el legislador ordinario*. Madrid: Civitas.

BASTERRA, Marcela I.

2011 “Procesos colectivos. Legitimación procesal y efectos de la sentencia”. En ETO CRUZ, Gerardo (Coordinador). *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés. Tomo II*. Lima: Adrus, pp. 381-409.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel

2008 “Garantías procedimentales y sustantivas en la aplicación a los abogados de las correcciones disciplinarias previstas en la LOPJ”. *Revista de Administración Pública*. Número 176, pp. 217-245.

BERNAL PULIDO, Carlos

2000 “El principio de proporcionalidad en el control de las medidas estatales ambientales de efecto equivalente en el derecho comunitario europeo” [en línea]. *Revista Derecho del Estado*. Número 9, pp. 107-123. Consulta: 18 de julio del 2008.

<<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/view/883/838>>

2003 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2005 “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales” [en línea]. En CÁCERES, Enrique et ál. (comps.). *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*. México D.F: Universidad Autónoma de México, pp. 17-35. Consulta: 18 de julio del 2008.

<<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf>>

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1996 *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: CIEDLA.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique y Marcial RUBIO CORREA

1988 *Constitución y Sociedad Política*. Tercera edición. Lima: Mesa Redonda.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro

2001 “Aspectos comunes a las acciones populares y de grupo”. En: HERERRA RICARDO (et. al.). *Justicia ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 259-316.

BIDART CAMPOS, Germán

1989 *Teoría general de los derechos humanos*. México D.F: UNAM.

1994 “La interpretación de los derechos humanos”. *Lecturas constitucionales andinas*. Número 3, pp. 11-49.

BIELSA, Rafael

1965 *El recurso de amparo*. Buenos Aires: Depalma.

BOBBIO, Norberto

1982 “Presente y porvenir de los derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*. Número 1, pp. 7-28.

BOREA, Alberto

2000 *Evolución de las garantías constitucionales*. Segunda edición. Lima: Fe de erratas.

BOREA RIECKHOF, Costanza

2012 *La tutela de los derechos de incidencia colectiva en el proceso constitucional de amparo: una propuesta de reforma*. Tesis de licenciatura PUCP.

BURGOA, Ignacio

1971 *El juicio de amparo*. Octava edición. México D.F: Porrúa.

BREWER-CARÍAS, Allan R.

2006 “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de Derecho constitucional comparado latinoamericano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 6, pp. 29-78.

2011 “El proceso constitucional de amparo en Venezuela: Su universalidad y los problemas de su efectividad en un régimen autoritario”. En ETO CRUZ, Gerardo (Coordinador). *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés. Tomo II*. Lima: Adrus, pp. 219-261.

BRICEÑO CHÁVEZ, Andrés Mauricio

2003 “¿Puede ser el derecho al ambiente un derecho fundamental?”. *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 73-156.

CABRERA ACEVEDO, Lucio

1981 *El derecho de protección al ambiente en México*. México D.F: UNAM.

2006 *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*. México D.F: Porrúa, pp. 19-38.

CANOSA USERA, Raúl

2004 *Constitución y medio ambiente*. Lima: Jurista.

CARBONELL, Miguel

2007 “¿Se pueden hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares?” [en línea]. En Sergio GARCÍA RAMÍREZ (Coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, Tomo I. México D.F: UNAM, pp. 201-234. Consulta: 23 de julio del 2011.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2426/16.pdf>>

CARMONA CUENCA, Encarnación

2006 “El recurso de amparo constitucional y el recurso de amparo judicial”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 5, pp. 3-14.

CARMONA LARA, María del Carmen y Lourdes HERNÁNDEZ MESA (Coordinadoras)

2006 *Temas selectos de derecho ambiental*. México D.F: Universidad Autónoma de México.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises y Jorge M. HORI FOJACO (Coordinadores)

2010 *Derechos Humanos y Medio Ambiente*. México D.F: Universidad Autónoma de México.

CARNELUTTI, Francesco

1952 *Estudios de Derecho Procesal, Volumen II*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

CARNOTA, Walter F.

2011 “La figura del Juez Ambiental en el pensamiento de Néstor Pedro Sagüés”. En ETO CRUZ, Gerardo (Coordinador). *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés. Tomo II*. Lima: Adrus, pp. 933-940.

CARPIO MARCOS, Edgar

2004 *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra.

CARREÑO PERALTA, Elías

2009 “El derecho a gozar de un ambiente equilibrado en el Perú y el constitucionalismo iberoamericano”. En *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 127-145.

CASTAÑEDA OTSU, Susana

2001 “La interpretación conforme a los tratados de derechos humanos en la Constitución peruana de 1993”. *Revista Peruana de Derecho Público*. Año 1, número 2, pp. 53-72.

2002 “El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución”. En MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D.F: UNAM, pp. 211-233.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2005 *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Segunda edición. Lima: Palestra.

2006 *Comentarios al Código Procesal Constitucional, Tomo I (Título Preliminar y Disposiciones Generales)*. Segunda edición. Lima: Palestra.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

2009 *Boletín Trimestral con Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea]. Número 4. Consulta: 9 de octubre del 2010.
<http://www.estadodederechodh.uchile.cl/boletin/5/boletin_4.pdf>

CIANCIARDO, Juan

2000 *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: EUNSA.

CIERCO CEIRA, César

2004 “El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”. *Revista de Administración Pública*. Número 163, pp. 73-125.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ)

1997 *Protección de los derechos humanos. Definiciones operativas*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

COMISIÓN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

2010 “Informe al Pleno del Tribunal Constitucional. Actos lesivos Homogéneos. 15 de setiembre del 2008”. En: *La sentencia constitucional en el Perú* (Gerardo Eto Cruz: Coordinador). Arequipa: Adrus, 389-472.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

2009 “Informe no. 76/09. Petición 1473-06. Admisibilidad. Comunidad de La Oroya. Perú. 5 de agosto de 2009” [en línea]. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 7 de diciembre del 2010.

<<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru1473-06.sp.htm>>

2011 “MC 382/10 – Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil” [en línea]. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 18 de junio del 2012.

<<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>>

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN

- 2003a *Informe Final*. Tomo VI. Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación.
 2003b *Informe Final*. Tomo VII. Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES – CESC

- 2002 *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 15 (2002). El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* [en línea]. Consulta: 3 de julio del 2012.
 <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/C.12/2002/11&Lang=S>>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

- 1982a “Ley 23385. Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales”. *Diario Oficial El Peruano*. 20 de mayo.
 1982b “Ley 23506. Ley de hábeas corpus y amparo”. *Diario Oficial El Peruano*. 8 de diciembre.
 1997 “Ley 26834. Ley de áreas naturales protegidas”. *Diario Oficial El Peruano*. 4 de julio.
 2004a “Proyecto de Ley 09371. Propuesta de Ley del Código Procesal Constitucional” [en línea]. Consulta: 18 de diciembre del 2010. Disponible en la página web del Congreso de la República del Perú: <www.congreso.gob.pe>
 2004b “Ley 28237. Código Procesal Constitucional”. *Diario Oficial El Peruano*. 31 de mayo.
 2005 “Ley 28611. Ley General del Ambiente”. *Diario Oficial El Peruano*. 15 de octubre.
 2009 “Ley N° 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental”. *Diario Oficial El Peruano*. 5 de marzo del 2009.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS – NACIONES UNIDAS

- 2012 *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 19/10. Los derechos humanos y el medio ambiente* [en línea]. Consulta: 3 de julio del 2012.
 <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/RES/19/10&Lang=S>>

CORREA, Jorge; PEÑA, Carlos y VARGAS, Enrique

- 1999 “Poder Judicial y Mercado ¿Quién debe pagar por la justicia?”. Informes de Investigación N° 2 del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- 2009 “Sentencia T-734/09” [en línea]. *Corte Constitucional de Colombia*. Consulta: 18 de setiembre del 2011.
 <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-734-09.htm>>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

- 1987a “El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8 [en línea]. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 18 de setiembre del 2008.
 <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.doc>
 1987b “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9” [en línea]. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 18 de setiembre del 2008.
 <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc>
 1988 “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4” [en línea]. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 18 de setiembre del 2008.
 <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc>

- 1999 “Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52” [en línea]. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 18 de setiembre del 2008.
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.doc>
- 2001 “Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71” [en línea]. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 18 de setiembre del 2008.
<http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.doc>
- 2002 “Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94” [en línea]. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 18 de setiembre del 2008.
<http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.doc>
- 2003 “Caso Baena Ricardo y otros. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104” [en línea]. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 18 de setiembre del 2008.
<http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.doc>
- 2006 “Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151” [en línea]. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 18 de setiembre del 2008.
<http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.doc>
- 2007 “Caso del Pueblo Saramaka.. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007” [en línea]. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 18 de setiembre del 2008.
<http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.doc>
- 2009 “Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211” [en línea]. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Consulta: 9 de octubre del 2010.
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.doc>

DA SILVA, José Afonso

- 2003 *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. Traducción: Nuria González Martín. México D.F: UNAM.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- s/f *Pongamos la basura en su lugar. Propuestas para la gestión de residuos sólidos municipales. Informe Defensorial N° 125* [en línea]. Defensoría del Pueblo. Consulta: 18 de marzo del 2012.
<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_116.zip>

DELGADO PIQUERAS, Francisco

- 1993 “Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Número 38, pp. 49-79.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

- 2002 *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Tercera edición. Buenos Aires: Universidad.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier

- 1997 *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2004 *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Lima: Palestra.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

- 1990 *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima: Comisión Andina de Juristas / Fundación Friedrich Naumann.
- 1991 “El Tribunal de Garantías Constitucionales: Las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad”. *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Número 7, pp. 53-54.
- 2002 *Estudios constitucionales*. Lima: ARA.
- 2008 “El amparo como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional peruano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 8, pp. 147-174.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor

- 2004 *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (aspectos procesales e institucionales)*. Tercera edición. San José C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

FEDERACIÓN NATIVA DE MADRE DE DIOS Y RÍOS AFLUENTES

- 2009 “El Lote 76, Hunt Oil y la Reserva Comunal Amarakaeri: una historia de corrupción y violación sistemática de derechos indígenas” [en línea]. *Federación Nativa de Madre de Dios y Ríos Afluentes*. Consulta: 13 de julio del 2011.
<<http://www.fenamad.org.pe/pdfs/Reserva%20Amarakaeri.pdf>>

FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, María Teresa

- 1996 *La ejecución de sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente*. Madrid: Tecnos.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio

- 2005 “Aproximación crítica a las competencias de la jurisdicción constitucional iberoamericana”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 4, pp. 135-155.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

- 1992 *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.
- 1994a *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Jurídicas.
- 1994b “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993”. *Lecturas sobre temas constitucionales*. Número 12, pp. 11-65.

FERRAJOLI, Luigi

- 2001 *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo

- 2000 *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho Comparado*. México D.F: Porrúa.
- 2003 *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*. México D.F: Porrúa.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela

- 2006 “La actual reforma del recurso constitucional de amparo”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 6, pp. 233-249.

FOY VALENCIA, Pierre

- 2009 “El sistema jurídico y la violencia: una perspectiva ambiental”. *Derecho PUC*. Número 61, pp. 111-145.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

- 1990 “El constitucionalismo peruano en la presente centuria”. *Derecho*. Números 43-44, pp. 59-101.

2004 “El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica (aproximación al tema)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 2, pp. 45-55.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo y Walter GUTIÉRREZ CAMACHO
1993 *Las Constituciones del Perú*. Lima: Ministerio de Justicia.

GARCÍA-SAYÁN, Diego

2009 “La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. México D.F: UNAM, pp. 91-119.

GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel

2003 “La protección del derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado por el Tribunal Constitucional a la luz de los principios extraíbles de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un análisis crítico”. [en línea] Ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Consulta: 18 de abril del 2012.
<<http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/DanielGarcia.pdf>>

GARCÍA TOMA, Víctor

2001 *Los derechos humanos y la Constitución*. Lima: Gráfica Horizonte.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos

1994 *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GHERSI, Carlos Alberto (et. al.)

2004 *Daños al ecosistema y al medio ambiente*. Buenos Aires: Astrea.

GIMENO SENDRA, Vicente

2008 “El recurso español constitucional de amparo”. En *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, Tomo VII, Procesos constitucionales de libertad* (Coordinadores: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea). México D.F: UNAM, pp. 277-315.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús

2001 *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Tercera edición. Madrid: Civitas.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús

1991 “Concepto y fundamento de los derechos humanos”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Volumen 14, pp. 43-51.

GÓNZALEZ VILLA, Julio E.

2001 “Las acciones de cumplimiento y su perspectiva ambiental en Colombia”. En HERERRA RICARDO (et. al.). *Justicia ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 199-228.

GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio

2010 “Tendencia actual del amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional” [en línea]. *Revista Derecho del Estado*. Número 24, pp. 81-103. Consulta: 18 de abril del 2012.

<<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/view/421/401>>

GROTE, Rainer

2010 “Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia alemana”. En *Constitución, Derecho y Proceso* (Coordinadores: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar). Lima: IDEMSA.

HÄBERLE, Peter

1997 *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Fondo editorial.

2003 *El Estado Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Fondo editorial.

2004 «El Derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal Constitucional». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 1, pp. 15-44.

HAKANSSON NIETO, Carlos

2009 *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra / Universidad de Piura.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, Carlos FERNÁNDEZ COLLADO y Pilar BAPTISTA LUCIO

2003 *Metodología de la Investigación*. Tercera edición. México, D.F: Mc Graw-Hill.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén

2005 “Los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 3, pp. 189-198.

2006 “La prueba en los procesos constitucionales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 5, pp. 183-196.

HESSE, Konrad

1992 “La interpretación de la Constitución”. En HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 30-54.

2005 “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 5, pp. 157-168.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto

2000 *Los procesos de amparo y hábeas corpus. Un análisis comparado*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

2006 “La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*. Volumen 7, pp. 129-184.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto y Cecilia BELTRÁN VARILLAS

2005 *Jurisprudencia, magistratura y procesos constitucionales en el Perú. Un balance sobre su desarrollo en el 2004*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

JUSTE RUIZ, José

1992 “La evolución del derecho internacional del medio ambiente”. *Autonomías*. Número 15, pp. 45-57.

KELSEN, Hans

2001 (1928) *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México D.F: UNAM.

KRESALJA, Baldo y César OCHOA

2009 *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Fondo Editorial.

LAFUENTE BALLE, José María

2000 *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Colex.

LANDA ARROYO, César

2007 *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra

2009 “Los precedentes constitucionales” [en línea]. En *Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Consulta: 18 de abril del 2012.

<<http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/ponencias.html>>

2010 “Ética y justicia constitucional”. *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año 4, número 7, pp. 13-33.

2011a *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*. Lima: Palestra.

2011b *Derechos fundamentales y justicia constitucional*. México D.F: Porrúa.

LAZZARINI, José Luis

1967 *El juicio de amparo*. Buenos Aires: La ley,

LÓPEZ CUÉLLAR, Nelcy

2002 “¿Tutela contra tutela? Análisis a la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional” [en línea]. *Revista Derecho del Estado*. Número 13, pp. 151-172. Consulta: 18 de abril del 2012.

<<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/view/835/791>>

LÓPEZ GUERRA, Luis (et. ál.)

2000 *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

LÓPEZ MENUDO, Francisco

1991 “El derecho a la protección del medio ambiente”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Número 10, pp. 161-201.

LOZADO CUTANDA, Blanca

2007 “Eclósion y crisis del Derecho Ambiental”. *Revista de Administración Pública*. Número 174, pp. 367-394.

LOZANO ALARCÓN, Vivian

2004 “La evolución de los derechos humanos: el proceso de positivación” [en línea]. *Revista Derecho del Estado*. Número 16, pp. 165-176. Consulta: 18 de abril del 2012.

<<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/view/792/751>>

MAES, Franc

2007 “Los principios del derecho ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el derecho internacional marítimo. Un cambio para los legisladores nacionales”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen VII, pp. 189-225.

MARINONI, Luiz Guilherme

2008 *Tutela específica de los derechos*. Lima: Palestra.

MARTÍNEZ ANDREU, Ernesto

2011 “Los principios fundamentales del juicio de amparo. Una visión hacia el futuro”. En *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia. Tomo I*. (Coordinadores: Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor). México D.F: UNAM, pp. 683-702.

- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis
2005 *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trujillo: Tabla XIII.
- MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto
2004 “Bases para una tutela procesal del medio ambiente” [en línea]. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*. Número 3, pp. 221-241. Consulta: 15 de abril del 2009. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/3/cle/cle16.pdf>>
- MEDINA, Cecilia
1996 “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Cuadernos de análisis jurídico. Serie Publicaciones Especiales*. Número 6, pp. 27-50.
- MELISH, Tara
2003 *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. Manual para la presentación de casos*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales / Orville H. Schell, Jr. Center for Internacional Human Rights Yale Law School.
- MINISTERIO DE AMBIENTE
2011 *Minería aurífera en Madre de Dios y contaminación con mercurio. Una bomba de tiempo*. Lima: Ministerio de Ambiente.
- MIRANDA, Haideer
2007 “La protección del ambiente en el sistema europeo de derechos humanos”. *Panóptica*. Año 1, número 8, pp. 75-93.
- MONROY GÁLVEZ, Juan
2002 “La actuación de la sentencia impugnada”. *Revista peruana de Derecho Procesal*. Volumen 5, pp. 191-221.
2008 “Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 10, pp. 157-216.
- MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan
2004 *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra.
- MONROY PALACIOS, Juan José
2002 *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Lima: Comunidad.
- MORA RUIZ, Manuela
2001 “Tendencias del Derecho administrativo: El derecho administrativo ambiental: transformaciones en el derecho administrativo general”. *Derecho y Conocimiento: Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*. Volumen 1, Universidad de Huelva, pp. 523-532.
2002 “Tendencias del Derecho administrativo ambiental: análisis de legislación y jurisprudencia (2002-2003)”. *Derecho y Conocimiento: Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*. Volumen 2, Universidad de Huelva, pp. 419-436.
- NASH, Claudio
2010 *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*. México D.F: Fontamara.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael
2000 *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

NAVA ESCUDERO, César

2011 *Estudios ambientales*. Segunda edición. México D.F: UNAM.

NIKKEN, Pedro

1987 *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid: Civitas.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto

1992 “El sistema constitucional chileno”. En: *Los sistemas constitucionales iberoamericanos* (Coordinadores: D. García Belaunde, F. Fernández Segado y R. Hernández Valle). Madrid: Dykinson, páginas 273-324.

1997 “La jurisdicción constitucional en Chile”. En: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica* (Coordinadores: D. García Belaunde y F. Fernández Segado). Madrid: Dykinson, páginas 533-571.

2003 *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México D.F: UNAM.

2004a “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 1, pp. 61-91.

2004b “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 2, pp. 71-104.

2006 *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*. Lima: Palestra.

2011 “La acción constitucional de protección (recurso de protección) en Chile y la acción de amparo en México”. En *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia. Tomo II*. (Coordinadores: Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor). México D.F: UNAM, pp. 99-164

NOVAK TALAVERA, Fabián y Elizabeth SALMÓN GÁRATE.

2002 *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Segunda edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Instituto de Estudios Internacionales.

O'DONNELL, Daniel

1989 *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Segunda edición. Lima: Comisión Andina de Juristas.

OLIVA SANTOS, Andrés de la

2009 “La perversión jurídica del amparo constitucional en España”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Número 124, pp. 355-387.

ORTECHO VILLENA, Víctor Julio

2009 “La acción de amparo en el Perú y sus problemas”. En *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 703-708.

OTTO Y PARDO, Ignacio de.

1988 “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”. En MARTÍN-RETORTILLO BAGUER, Lorenzo e Ignacio de OTTO Y PARDO. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, pp. 97-172.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio

1995 *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III / Boletín Oficial del Estado.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique

- 1991 “Las generaciones de derechos humanos”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Número 10, pp. 203-217.
- 1995 *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Quinta edición. Madrid: Tecnos.

PÉREZ TREMPES, Pablo

- 2004 *El recurso de amparo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

PIZZORUSSO, Alejandro

- 2005 *Justicia, Constitución y Pluralismo*. Lima: Palestra.

PODER EJECUTIVO DEL PERÚ

- 2006 *Proyecto de Ley 747/2006-PE* [en línea]. Sitio web del Congreso de la República del Perú. Consulta: 30 de julio del 2011.
<<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>>
- 2010a *Proyecto de Ley 4535/2010-PE* [en línea]. Sitio web del Congreso de la República del Perú. Consulta: 30 de julio del 2011.
<<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>>
- 2010b *Exposición de motivos del Decreto de Urgencia N° 012-2010*. Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ.
- 2011 *Proyecto de Ley 4655/2010-PE* [en línea]. Sitio web del Congreso de la República del Perú. Consulta: 30 de julio del 2011.
<<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>>

PORRAS NADALES, Antonio J.

- 2001 “El derecho medioambiental desde claves de evolucionismo jurídico”. En: *Derecho y Conocimiento: Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*. Volumen 1, Universidad de Huelva, pp. 143-158.

PRATS, Eduardo Jorge

- 2010 “La efectividad y la eficacia como principios rectores de las tutelas jurisdiccional y administrativa de los derechos fundamentales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 13, pp. 163-177.

PRIETO SANCHÍS, Luis

- 1999 *Constitucionalismo y positivismo*. Segunda edición. México D.F: Distribuciones Fontamara S.A.
- 2002 *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.

PROCESO Y JUSTICIA

- 2005 “Entrevista a Francisco Eguiguren Praeli”. *Proceso y Justicia*. Número 5, pp. 93-95.

QUINTERO JARAMILLO, Claudia

- 2006 “La infracción ambiental grave y flagrante”. En *Temas selectos de Derecho Ambiental* (Coordinadoras: María del Carmen Carmona Lara y Lourdes Hernández Meza). México D.F: UNAM, pp. 533-551.

RABASA, Emilio O.

- 2007 *La Constitución y el medio ambiente*. México D.F: UNAM.

RAMOS TAVARES, André

2011 “El nuevo mandado de seguridad en Brasil. (La acción brasileña de amparo)”. En ETO CRUZ, Gerardo (Coordinador). *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés. Tomo II.* Lima: Adrus, pp. 327-362.

REMIRO BROTONS, Antonio (et. ál.)
1997 *Derecho Internacional.* Madrid: Mc Graw-Hill.

REY Martínez, Fernando
2011 ¿Cómo nacen los derechos? En ETO CRUZ, Gerardo (Coordinador). *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés. Tomo I.* Lima: Adrus, pp. 353-272.

REYNA ALFARO, Luis Miguel
s/f *La protección penal del medio ambiente* [en línea]. Consulta: 29 de junio de 2010
<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_84.pdf

RIVAS, Adolfo Armando
2003 *El amparo.* Buenos Aires: La Rocca.

RIVERA S., José Antonio
2004 “La jurisdicción constitucional en Bolivia. Cinco años en defensa del orden constitucional y democrático”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.* Número 1, pp. 129-150.
2011 “La justicia constitucional en el nuevo modelo de Estado boliviano”. En ETO CRUZ, Gerardo (Coordinador). *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés. Tomo I.* Lima: Adrus, pp. 1025-1056.

RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia
2001 “La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal”. *Revista Española de Derecho Constitucional.* Número 62, pp. 125-178.

ROLLA, Giancarlo
2005 “Juicio de legitimidad constitucional y tutela de los derechos fundamentales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.* Número 3, pp. 129-150.
2011 “La garantía de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo”. En ETO CRUZ, Gerardo (Coordinador). *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés. Tomo I.* Lima: Adrus, pp. 273-294.

RUBIO CORREA, Marcial
1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 5.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
2005 *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Fondo editorial.

RUBIO CORREA, Marcial, Francisco EGUIGUREN PRAELI y Enrique BERNALES BALLESTEROS
2011 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Fondo editorial.

RUIZ MIGUEL, Carlos

2011 “El amparo constitucional en España”. En ETO CRUZ, Gerardo (Coordinador). *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés. Tomo II*. Lima: Adrus, pp. 363-380.

RUIZ-RICO, Gerardo

2000 *El derecho constitucional al medio ambiente*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

1990 “El amparo contra leyes”. *Derecho y Sociedad*. Año 2, número 3, pp. 6-10.

2002 “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”. En PALOMINO MANCHEGO, José F. (coord.). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Germán Bidart Campos*. Lima: Grijley, pp. 33-52.

2007 *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Quinta edición. Buenos Aires: Astrea.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro

1999 *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

SALMÓN, Elizabeth

2010 *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y promoción*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo.

SÁNCHEZ GIL, Rubén

2005 “El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 4, pp. 229-265.

SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier

1997 *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*. Madrid: Dykinson.

SESSANO GOENAGA, Javier Camilo

2002 “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL (SPDA)

2009 *Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera - Opinión de la SPDA* [en línea]. En página web de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Consulta: 7 de agosto del 2011.
<<http://www.spda.org.pe/ver-noticias.php?id=658>>

SOMMERMANN, Karl-Peter

1996 “El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948”. En PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.). *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, pp. 97-112.

SORIA LUJÁN, Daniel

2005 “Procesos constitucionales y principios procesales”. *Proceso y Justicia*. Número 5, pp. 9-20.

SOTO FLORES, Armando

2006 “Bases constitucionales del derecho ambiental mexicano y comparado”. En *Temas selectos de Derecho Ambiental* (Coordinadoras: María del Carmen Carmona Lara y Lourdes Hernández Meza). México D.F: UNAM, pp. 325-363.

TEROL BECERRA, Manuel José

2000 “Acerca del carácter más razonable que racional de la jurisprudencia constitucional relativa al medio ambiente”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Número 59, pp. 331-344.

TORO HUERTA, Mauricio Iván del

2005 “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie*. Año XXXVIII, número 112, pp. 325-363.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

s/f *Memoria 2011* [en línea]. Sitio web del Tribunal Constitucional. Consulta: 18 de junio del 2012.

<<http://www.tc.gob.pe/audiencias/memoria/memoria-2011.pdf>>

TRUJILLO SEGURA, Julio

2006 “El derecho europeo y el medio ambiente”. En *Temas selectos de Derecho Ambiental* (Coordinadoras: María del Carmen Carmona Lara y Lourdes Hernández Meza). México D.F: UNAM, pp.365-385.

VALADÉS, Diego

2011 “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva época, volumen 12, pp. 439-470.

VALLDECABRES ORTIZ, María Isabel

2002 *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Madrid: Universidad Carlos III.

VELASCO CABALLERO, Francisco

1995 “La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, número 45, pp. 305-324.

VILLÁN DURÁN, Carlos

2002 *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta.

VOLLERO, Flora

2001 “Diritti umani e diritti fondamentali fra tutela costituzionale e tutela sovranazionale: il diritto ad un ambiente salubre. Tesi di laurea in Diritto Costituzionale. Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Napoli “Federico II” ” [en línea]. Consulta: 18 de junio del 2012

<http://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/20041205175248.pdf>

WILCHES-DURÁN, Rafael

2011 “Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en el derecho colombiano. Planteamiento del problema” [en línea]. *Vniversitas*. Número 123, pp. 283-314. Consulta: 18 de abril del 2012.

<<http://vniversitasjuridica.javeriana.edu.co/descargas.php?archivo=Universitas-123%20-%209.pdf&idArt=313&edicion=123>>

WOLFE, Christopher

1991 *La transformación de la interpretación constitucional*. Traducción de María Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas.

- 2006 “From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: The transformation of Judicial Review in America” [en línea]. *The Heritage Foundation's First Principles Series*. Consulta: 14 de agosto del 2006.
<www.heritage.org/Research/LegalIssues/fp2.cfm>

WROBLEWSKI, Jerzy

- 1985 *Constitución y teoría general de la Interpretación Jurídica*. Madrid: Civitas.

ZAGREBELSKY,

- 2008 *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción: Manuel Martínez. Madrid: Trotta.

