

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

Nº 13

**CONSTITUCIÓN
Y NATURALEZA**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

Ernesto Blume Fortini

PRESENTACIÓN.....	17
-------------------	----

SECCION ESPECIAL (Constitución y Naturaleza)

Damián Armijos Álvarez

DERECHOS DE LA NATURALEZA Y SU EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL.....	29
---	----

Alan E. Vargas Lima

EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA. APUNTES SOBRE SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y BOLIVIANA*	53
---	----

11

Nadia Paola Iriarte Pamo

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SU DESARROLLO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	81
--	----

Carlos Trinidad Alvarado

BASES CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL	105
--	-----

Daniel Yacolca Estares

POSIBILIDAD DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....	149
--	-----

Beatriz Franciskovic Ingunza

LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	157
--	-----

Luis R. Sáenz Dávalos

EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS PELEAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS, CORRIDAS DE TOROS Y OTROS ESPECTACULOS PARTICULARMENTE VIOLENTOS. REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE INACABADO Y UNA SOLUCION AÚN PENDIENTE	181
---	-----

SECCIÓN MISCELÁNEA

Néstor Pedro Sagüés

JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES 22 I

Domingo García Belaunde

LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ..... 23 I

Manuel Jesús Miranda Canales

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA.

A PROPÓSITO DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 255

Aníbal Quiroga León

LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE.

UNA MIRADA CONSTITUCIONAL 26 I

Pedro A. Hernández Chávez

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL JUICIO POLÍTICO.

APUNTES SOBRE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES..... 285

Óscar Díaz Muñoz

LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO... 33 I

Marco A. Huaco Palomino

POR UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL –Y LAICA– SOBRE LA LAICIDAD.

UNA RÉPLICA A FERRER ORTIZ 345

Areli Valencia Vargas

CONTEXTUALISMO Y DESIGUALDADES SISTÉMICAS.

APUNTES DESDE UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA..... 379

María Candelaria Quispe Ponce

ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE IDH 399

Melissa Fiorella Díaz Cabrera

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	429
--	-----

José Reynaldo López Viera

EL ROL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN EL DESARROLLO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	447
--	-----

Roberto Cabrera Suárez

ESTADO DE DERECHO Y DESIGUALDADES SOCIALES. APROXIMACIÓN DESDE UNA TEORÍA DECADIMENSIONAL DEL ESTADO	467
---	-----

Roslem Cáceres López

CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL.....	479
--	-----

Miguel Alejandro Estela La Puente

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DECRETO DE URGENCIA.....	505
---	-----

Christian Donayre Montesinos

UNA MIRADA CRÍTICA AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. CAMBIOS INNECESARIOS Y RETOS DE UNA REFORMA	531
--	-----

13

Luis Andrés Roel Alva

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD. UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NUNCA SE DEBE VOLVER A PERDER POR EL ARBITRIO DEL ESTADO	549
---	-----

Raffo Velásquez Meléndez

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. ACLARACIÓN DE ENIGMAS Y LAGUNAS EN LA EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES ILÍCITOS.....	563
---	-----

Alfredo Orlando Curaca Kong

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS Y DOS CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL. UNA BREVE MIRADA	615
---	-----

Manuel Bermúdez Tapia

LA ALIANZA DEL PACÍFICO, EL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA GEOPOLÍTICA SOBRE EL NARCOTRÁFICO.....	623
---	-----

SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA

Mario Gonzalo Chavez Rabanal

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS
POLÍTICAS DE GOBIERNO: LA SENTENCIA ESTRUCTURAL.

APROPÓSITO DEL CASO LUIGI CALZOLAIO, EXP. 02566-2014-PA/TC-AREQUIPA... 641

Luciano López Flores

EL FALLO SOBRE LA VACANCIA POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRE-
SIDENTE DE LA REPÚBLICA.

¿EL PODER QUE PENDE DE UN HILO? 661

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

CONDENA DEL ABSUELTO.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EN EL EXPEDIENTE 4374-2015-PHC/TC 711

14

Berly Javier Fernando López Flores

ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUA ¿ASOCIACIONES CIVILES O ASOCIACIO-
NES PRIVADAS DE CONFIGURACIÓN LEGAL?

REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXP. 00018-2014-PI/TC
(ACUMULADO) 725

Susana Távara Espinoza

EL CASO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES TRIBU-
TARIAS.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES A LA SENTENCIA DEL EXP. 00004-2019-PI/
TC (PLENO. SENTENCIA 556/2020) 735

Rafael Rodríguez Campos

CUANDO LA LEY ESTÁ POR ENCIMA DE LA CONSTITUCIÓN.

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL CASO ÓSCAR UGARTECHE. MATRI-
MONIO IGUALITARIO..... 749

SECCIÓN CLÁSICOS

Rosa Dominga Perez Liendo

UN ASPECTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO.

LAS CONSTITUCIONES 777

SECCIÓN DOCUMENTOS

Asamblea Constituyente 1978-79

DEBATE SOBRE LA CREACIÓN DEL TGC DURANTE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-79.....

797

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

15

Luis R. Sáenz Dávalos

LIBERTAD RELIGIOSA Y ACONFENSIONALIDAD DEL ESTADO PERUANO..... 867

Dante Martin Paiva Goyburu

LECCIONES DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL..... 873

Luis R. Sáenz Dávalos

EL AMPARO VIRTUAL..... 879

Alfredo Orlando Curaca Kong

EL HABEAS DATA EN LA ACTUALIDAD. POSIBILIDADES Y LÍMITES..... 883

Una mirada crítica al Nuevo Código Procesal Constitucional

Cambios innecesarios y retos de una reforma*

✍ CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS**

1. Introducción

El Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC) ha visto la luz hace solamente unas semanas atrás y ha entrado en vigor prácticamente de manera inmediata, es decir, no nos ha dado tregua. Y hay algunas modificaciones que trae consigo esta norma que, de pronto, desde una perspectiva quizá no muy enterada de la jurisprudencia constitucional, podríamos calificar como aportes, innovaciones o cambios necesarios y la verdad es que no es así.

531

* El presente trabajo es una transcripción de la ponencia magistral realizada en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Docente universitario. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Educación con mención en Docencia en Educación Superior por la Universidad San Ignacio de Loyola. Master of Business Administration in International Business (MBA) por San Ignacio University (Miami). Maestro en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid (España). Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado del Executive MBA de la Universidad San Ignacio de Loyola. Diplomatura Internacional en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante.

Fue Director Académico de la Escuela de Postgrado de la Universidad San Ignacio de Loyola y del Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico. También se desempeñó como Asesor Principal en el Congreso de la República, integró el Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial y fue asesor del Despacho Viceministerial de MYPE e Industria en el Ministerio de la Producción.

Es autor de múltiples libros y trabajos especializados publicados tanto en el Perú como en el extranjero. Conferencista en actividades nacionales e internacionales. Actualmente, se desempeña como docente universitario tanto a nivel de postgrado como de pregrado.

Dicho esto, este artículo va a formular una crítica al llamado “nuevo” código procesal constitucional, que de hecho para empezar de nuevo tiene muy poco y creo que, por ello, hay que partir de la propia denominación con la que el Congreso de la República ha aprobado esta norma. En efecto, si hacemos un análisis comparativo, en estricto, estamos más bien ante una reforma del código procesal constitucional que entró en vigencia en el año 2004, más que ante un nuevo código procesal constitucional. Es más, los aspectos que podríamos calificar como nuevos, no solamente no lo son desde el punto de vista de que ya tenían algún respaldo jurisprudencial, sino que, además, algunos cambios que podríamos calificar como “nuevos” no son necesariamente bien recibidos o por lo menos no han sido tan indispensables de llevar a cabo y, por el contrario, nos pueden terminar complicando el ejercicio de la defensa en el ámbito procesal constitucional.

2. Algunas modificaciones relativas a los alcances de la demanda y el trámite de los procesos constitucionales

Uno de los primeros cambios vinculados con los alcances de la demanda y el trámite de los procesos constitucionales, y que se ha visto como algo positivo del actual código procesal constitucional es la posibilidad de interponer la demanda en una lengua o idioma distinta al castellano. Esto es algo positivo desde la perspectiva del principio de socialización del proceso y del principio de igualdad, pues se hace bien en no poner como un obstáculo el tema del idioma o la lengua para el acceso de la justicia constitucional. Sin embargo, aun cuando esto sea positivo, eso no quiere decir que no se tengan que adoptar algunos recaudos o, por lo menos, hacer algunas precisiones.

En primer lugar, creo que es un cambio importante, pese a que tal vez no era tan indispensable o necesario si lo vemos desde la perspectiva de que de conformidad con el artículo 2 inciso 19 de la Constitución, ya era factible presentar o canalizar demandas de procesos constitucionales en una lengua o idioma distinta al castellano. En cualquier caso, viene bien de cara a la impartición de justicia positivizar la exigencia o el planteamiento de forma tal de que no haya duda al respecto.

En segundo término, y pese a su alcance en términos generales positivos, estamos ante una modificación que no deja de generar algunas preocupaciones. Concentrémonos principalmente en dos: La primera preocupación es que si hay algo que es preciso garantizar en el ámbito de los procesos constitucionales es,

entre otros, el principio procesal de inmediación, en razón del cual se busca que el juez tenga el mayor contacto posible, tanto con las partes como con el objeto del proceso. De esta manera, dentro del breve plazo que se tienen en el ámbito procesal constitucional, se espera que el juez pueda adquirir convicción y resolver –finalmente– el asunto en controversia.

Sin embargo, no se puede pasar por alto que para que esta labor jurisdiccional del juez se lleve a cabo de la manera más efectiva y rápida posible, no deberían haber intermediarios entre la víctima o el demandante y el juez. No obstante, ante el supuesto de que el juez no maneje el idioma de la víctima o del que ha demandado, esto va a generar la necesidad de contar con un intérprete o un traductor. Así, asoma la presencia de un tercero que puede algún de alguna manera condicionar el sentido del lenguaje o de los términos en los que finalmente el juez va a tomar conocimiento no solamente de los hechos que se relatan en la demanda sino también de la pretensión de la víctima y, consecuentemente, del alcance de la decisión que pueda adoptar.

Dicho eso, lo que se tiene que evitar es que la figura del traductor o intérprete condicione justamente el cabal entendimiento por parte del juez constitucional del sentido o el tenor de los hechos y de la pretensión que ha sido formulada, ya sea por la víctima o por el demandante.

533

El segundo recaudo que es importante mencionar o, por lo menos, causa preocupación tiene que ver con un aspecto presupuestal. Así, una de las preguntas que surgido también alrededor del tema es quién se supone que debe que asumir el costo si, dependiendo del trámite del proceso, se requiere ese intérprete o ese traductor.

En nuestra opinión, si partimos del supuesto de que el Código Procesal Constitucional pretende allanar el terreno para que la víctima, es decir, aquella persona que viene padeciendo una situación lesiva a sus derechos fundamentales, no tenga que soportarla porque no tenga los recursos económicos para acceder a la justicia constitucional; en principio tendría que asumirlo el Poder Judicial. Precisamente por eso existe el principio procesal constitucional de gratuidad de la actuación del demandante, pues, entonces se entendería que, bajo la coherencia del Código, si se requiere de una figura como el intérprete o el traductor para el trámite de un proceso constitucional en una lengua o idioma distinta al castellano, ese costo tendría que asumirlo el sistema de impartición de Justicia, salvo mejor parecer.

Un segundo frente en el que se han presentado cambios importantes y que impacta en la demanda o el trámite de los procesos constitucionales, tal vez, ya no como el primero que está más orientado a redundar en lo que de pronto la Constitución podía decirnos y, sin perjuicio de los recaudos que se han comentado; es el frente del trámite de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales.

En efecto, resulta que a lo largo de los años se ha ido, poco a poco, migrando y evolucionando en lo que concierne a los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales pasando de un esquema de contralor judicial negativo a uno de corte parcial. En efecto, se partió de un primer escenario de contralor judicial negativo, allá por la década de los 90's, en donde sobre la base de una interpretación textual del artículo 200, se le había cerrado la puerta por completo a la posibilidad de iniciar procesos constitucionales contra resoluciones judiciales.

Luego, se pasa un esquema de contralor judicial parcial en el que se admite la posibilidad de cuestionar resoluciones judiciales a través de procesos constitucionales bajo el entendido de que solamente será factible en la medida que se viole, o bien el derecho debido al proceso o bien la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, bajo la existencia de un "proceso irregular".

534

No obstante, hay una sentencia que hasta cierto punto ha pasado por agua tibia pero que, en su momento, concitó mucho interés. Se trata del caso Apolonia Colcca (Expediente N° 3179-2004-AA), en el que el Tribunal Constitucional parecía haber abierto la puerta a la figura del contralor judicial amplio dejando entrever que ya no solamente los procesos constitucionales procederían contra resoluciones judiciales, en tanto y en cuanto aquel proceso en el que se expide la resolución se haya configurado o no la violación del debido proceso o de la tutela jurisdiccional efectiva, sino por la violación de cualquier otro derecho fundamental; es decir, insisto, no solo por el debido proceso ni por la tutela jurisdiccional efectiva. Finalmente, hoy por hoy, será el esquema del contralor judicial parcial el que terminará siendo positivizado en el año 2004 con el Código Procesal Constitucional anterior y hoy se reafirma con el NCPC.

Sin embargo, el NCPC en este frente plantea dos cambios importantes: el primero tiene que ver con la notificación de la demanda. En el esquema normativo anterior cuando uno iniciaba un proceso constitucional contra una resolución judicial, eran emplazados y notificados todos aquellos jueces o magistrados que hubieran participado en el trámite de aquel proceso judicial

cuya resolución se estaría cuestionando a través del proceso constitucional; no obstante, hoy del NCPC se infiere que la demanda tiene que ser emplazada y notificada puntualmente al procurador encargado de asuntos constitucionales del Poder Judicial. En otras palabras, ya los jueces o magistrados que –eventualmente– podrían haber participado en aquel proceso judicial cuya resolución se estaría cuestionando no estarían notificados ni emplazados en el proceso constitucional en cuestión.

Desde una perspectiva de un sector se ha considerado que es lo correcto porque los jueces o magistrados no responden por los votos opiniones que emiten como parte de su labor jurisdiccional. Otro sector, en cambio, lo ha calificado como un recorte injustificado del derecho a la defensa de los jueces o magistrados. De hecho, actualmente están en trámite sendas demandas de inconstitucionalidad contra el vigente y cuestionado NCPC. Entre los argumentos que se encuentran en tales demandas está –precisamente– la supuesta o presunta violación del derecho a la defensa de los jueces y magistrados del Poder Judicial que eventualmente podrían verse afectados por ese control constitucional que se activaría contra aquellas resoluciones judiciales que han visto la luz en el marco de estos procesos judiciales cuestionados. Entonces, ahí hay un frente que está siendo materia de escrutinio constitucional. Estaremos alertas a lo que el Tribunal Constitucional pueda establecer al respecto, aunque no es el único frente sobre el cual hay que llamar la atención ya que el código actual ha planteado un cambio adicional de importancia en lo que se refiere a los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales.

Así, un segundo frente muy importante está relacionado con el juez competente o con el trámite que sigue la demanda del proceso constitucional cuando se cuestione una resolución judicial. Anteriormente, en el Código Procesal Constitucional, se iniciaba un proceso constitucional contra una resolución judicial –por ejemplo–, un Proceso de Amparo o un *Hábeas Corpus* a nivel de juzgado –naturalmente–; luego, se podía apelar y el proceso llegaba a la Corte Superior y; finalmente, se podía recurrir al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Ahora, el NCPC establece que los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales inician en Sala Superior; suben en segunda instancia a la Corte Suprema y; eventualmente, puede terminar en el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Es decir, el cambio se ha generado en el ámbito de que el proceso constitucional cuando se cuestiona una resolución judicial no inicia en un Juzgado sino en la Corte Superior.

Este es un aspecto que también ha concitado mucho interés y crítica porque desde el punto de vista de promover el acceso a la justicia constitucional y, en atención a las condiciones físicas o geográficas de nuestro país, no se trata realmente de un cambio que coadyuve el acceso a la justicia. Sin embargo, se podría decir que con la conectividad y las tecnologías de la información no es necesario trasladarte físicamente a la sede de la Corte para presentar el escrito, sino que el trámite se podría hacer virtualmente. Esta afirmación sería válida si se tuviera un esquema de conectividad garantizado, independientemente del lugar en el que uno se encuentre (sea cercano o lejano a la capital, en cualquier provincia o región del país), lo que desde luego no es así.

Efectivamente, se podría considerar que los recursos digitales permiten el acceso a la justicia, pero no se puede negar que nuestro país presenta serios problemas de conectividad y, si actualmente una persona está siendo afectada por una resolución judicial sea porque viola su tutela procesal efectiva en los términos del código, será necesario que se traslade físicamente a la Corte Superior para dar por iniciado el proceso constitucional. (así no sucedía con el esquema procesal constitucional anterior). Entonces, hay un cambio en el que es pertinente ahondar y reflexionar más si lo que se pretende —como pareciera ser el espíritu de la norma— es facilitar o promover el acceso a la justicia constitucional.

Otro de los cambios interesantes está relacionado a los medios impugnatorios y a la figura de la apelación. Un primer cambio interesante, aunque no necesariamente bueno, es que actualmente con el NCPP se pueden presentar medios impugnatorios o recursos sin fundamentación. El Código actual establece que se puede (apenas se notifica o es puesta en conocimiento la resolución que te puede ser adversa) presentar el recurso y dejar en suspenso la sustentación o la fundamentación de este para hacerlo ante el juez de instancia superior que va a resolver el medio impugnatorio en cuestión. En otras palabras, esto significa que ante cualquier eventualidad que se reciba una resolución adversa lo que se tiene que hacer —prácticamente de manera automática— es apelar o presentar el recurso respectivo porque ya no se requiere fundamentación como condición para que este pueda ser admitido.

Así las cosas, —comprenderán— que esto puede generar un incentivo perverso para la presentación de medios impugnatorios y no necesariamente conllevará a que los procesos constitucionales sean más ágiles y céleres o que los plazos legales que establece el Código verdaderamente se puedan cumplir.

Otra de las modificaciones que trae consigo el actual Código tiene que ver con una institución que no es innovación del código actual. Se trata de la figura de la apelación por salto, la cual ya tenía respaldo jurisprudencial; es decir, el propio Tribunal Constitucional, así la había adoptado como parte de su jurisprudencia.

En cuando a la apelación por salto para comprender en qué consiste, habría que tener en cuenta que cuando se ha tramitado un proceso constitucional de tutela de derechos, se empieza en el juzgado; si no se obtiene una decisión favorable, se pasa –vía apelación– a la Corte Superior y; finalmente, al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Al pasar por todo ese proceso y se logra por fin que el Tribunal Constitucional conceda una decisión favorable, el expediente baja en ejecución para que el juez de primer nivel ejecute lo ordenado por esta instancia máxima.

El tema es que, en esa etapa, es decir, en ejecución de sentencia, se presentaban ciertas prácticas dilatorias o no necesariamente los jueces ejecutores cumplían con la sentencia del Tribunal Constitucional en sus justos términos. Ante esta situación, lo que hacía la víctima o quien se veía perjudicado por la ejecución de la sentencia fuera de los plazos establecidos o en términos distintos a los que el Tribunal había ordenado, pues, iniciaba un segundo proceso constitucional alegando la violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, coadyuvando –de esa manera– a que nuevamente la autoridad máxima obligue al juez executor a cumplir –dentro de los plazos– la sentencia. Pero esto significaba no solamente haber pasado por el primer proceso constitucional – que ya demandaba cierto tiempo– sino que significaba seguir un segundo proceso que también iba a pasar por esas tres instancias especificadas anteriormente.

Entonces, el Tribunal se percató que, si bien este no podía conocer en instancia única y definitiva los procesos constitucionales de tutela de los derechos (porque la propia Constitución establece que el Tribunal solamente conoce los casos de resoluciones denegatorias de estos procesos de tutela de los derechos fundamentales), podía tratar de acortar el trámite de este segundo proceso y así lograr una tutela más eficaz los derechos fundamentales que estaban de por medio.

En ese orden de ideas, la figura de la apelación por salto es una figura que consiste –básicamente– en que en el segundo proceso constitucional que se inicia

ante el hecho de verse afectado porque el juez competente en la ejecución no cumple dentro de los términos establecidos o quizá no cumple con la sentencia en el sentido que ha sido ordenado por el Tribunal; se va directamente al Tribunal Constitucional vía apelación en caso que el juez de primer grado no emita una sentencia favorable. Por eso, se le llama apelación por salto porque se salta la segunda instancia del Poder Judicial, que sería la Corte Superior, y es, por lo tanto, una forma de llegar mucho más rápido al Tribunal Constitucional y ver salvaguardado el derecho.

Esto es justamente lo que se puede ver recogido en el artículo 22 del NCPC en cuyo literal “c” se señala lo siguiente:

“De forma excepcional, se permitirá la apelación por salto en casos de resoluciones judiciales en proceso de ejecución de sentencia, cuando se verifique una inacción en su ejecución o cuando se decida en contra de la protección otorgada al derecho fundamental agredido y se despreteja los derechos fundamentales cuya protección ya se otorgó”

538

Como se puede observar, esto que trae consigo el actual Código está lejos de ser una innovación, es una figura procesal que ya había sido adoptada o acogida por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y, por lo tanto, no es en rigor un aporte de la actual norma.

Otro de los aspectos que resultan de interés en la parte referida a la demanda y al trámite de los procesos constitucionales tiene que ver con el tema cautelar. Quienes son entendidos en la teoría cautelar saben perfectamente que, en el marco de un proceso, a veces se requiere salvaguardar ciertos supuestos de la realidad para que al término del proceso pueda hacerse eficaz la sentencia que se vaya expedir.

En esa línea de pensamiento, para que eso no pase se cuenta con la facultad –incluso en los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, salvo en el caso del *Hábeas Corpus*– de solicitar medidas cautelares. Lo que es importante advertir de cara a lo que propone el actual Código es que el esquema cautelar supone una evaluación preliminar de la situación que se va a resolver luego con un pronunciamiento de fondo; y es que el escenario cautelar –básicamente–, como su nombre indica, es asegurar o salvaguardar una situación de facto para luego hacer eficaz la sentencia del proceso principal. Por lo tanto, no

es necesariamente un pronunciamiento cabal sobre el fondo sino una evaluación aparente o presunta de aquellos indicios que harían suponer que quien está solicitando la cautelar tendría la razón.

Es por tal motivo que entre los requisitos para solicitar una medida cautelar está la apariencia del derecho, es decir, no hay certeza de que el derecho efectivamente le asista a quien solicita una medida cautelar sino una presunción de que puede ser así y; por eso, se denomina de esa manera: apariencia del derecho.

Ahora bien, a su vez, se requiere que la medida cautelar sea adecuada y razonable según lo que se pretende y, finalmente, se establece como tercer requisito que haya un peligro en la demora, es decir, que se necesite proteger cierta situación de facto para que durante el trámite y el tiempo que pueda demorar el proceso en cuestión, no se vaya a ver alterada haciendo a la larga impracticable o inejecutable la sentencia que se vaya a expedir.

Entonces, lo que resulta extraño del articulado del NCPC es la referencia al concepto de certeza en el esquema cautelar, lo que es absolutamente contrario a toda la teoría cautelar, ya que, como se ha visto, se maneja más bien en el ámbito de las posibilidades o de las probabilidades. En efecto, si se observa el artículo 19 del NCPC, llama la atención que –en el caso de las cautelares– se establezca que el juez que conceda la medida cautelar debe observar que el pedido sea adecuado y razonable -aquí no hay nada que cuestionar-, que tenga apariencia de derecho y -esta es la parte que resulta bastante inusual- que exista “certeza razonable” de que la demora en su expedición pueda constituir un daño irreparable. Si hay algo que no es propio del esquema de la teoría cautelar es la certeza; por lo tanto, que se haga mención o referencia a una “certeza razonable” para el otorgamiento o concesión de cautelares es –por lo menos– discutible.

3. Algunos cambios que han afectado el margen de acción del juez constitucional

Sumados a los anteriores, hay algunos cambios que merecen un comentario a parte como es el caso de los referidos al margen de acción del juez constitucional. En este sentido, uno de los cambios o incorporaciones más interesantes de este Código es el relativo a la figura del control de convencionalidad. Si observamos el artículo 8 del Título Preliminar del Código, nos daremos cuenta que expresamente se recoge precisamente la figura del control de convencionalidad. En efecto, ahí se

establece con todas sus letras que, en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces deberán preferir la norma.

Dicho esto, en cuanto a si ¿era preciso que el control de convencionalidad estuviera expresamente en el Código Procesal Constitucional? No, creo que no era necesario que se incorporará como tal en el Código. No hace daño, pero también es cierto que desde las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos como *Almonacid Arellano vs. Chile* o *Gelman vs Uruguay*, ya estaba muy claro que los jueces debían aplicar el control de convencionalidad. Es más, en el caso *Gelman vs Uruguay* la Corte IDH tuvo una comprensión bastante más generosa y amplia de lo que implica no solamente el control del convencionalidad sino de los sujetos obligados a ejercer dicho control y, si esto no fuera suficiente, ya el Tribunal Constitucional e inclusive el Poder Judicial cuentan con pronunciamientos en los que se aplica el control de convencionalidad; por lo tanto, en rigor no es un cambio necesario pero, reitero, tampoco hace daño.

540

Sin embargo, lo que sí vale la pena rescatar es la manera en como el Código aborda el control de convencionalidad en este extremo, es decir, la incorporación del principio *pro homine* como parámetro para su aplicación. Y es que se observa que en la parte final se dice que, de presentarse esa incompatibilidad entre una norma interna y la internacional, los jueces tendrán que preferir la que sea más favorable.

Esto es bastante interesante porque el Código no parte del presupuesto de una presunta jerarquía entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho local o nacional; más bien todo parece indicar que el código parece partir de una relación de complementariedad entre el Derecho Internacional y el Derecho interno y, justamente, como producto de esa relación de complementariedad establece como pauta para resolver cualquier situación de conflicto, controversia o contradicción entre un estándar internacional y una normativa o pauta interna, el principio *pro homine*. Esto da pie a la posibilidad de que, si se presentase un caso de conflicto entre un estándar, por ejemplo, de la Corte IDH y alguna disposición nacional como un precedente constitucional vinculante, pueda tranquilamente aplicarse este último si es más favorable.

Entonces, este es un cambio, aun cuando innecesario porque —reitero— que jurisprudencialmente ya se tenía la base suficiente para desplegar este control

de convencionalidad, considero que tampoco hace daño. Sin perjuicio de ello, es importante e interesante la manera en cómo se ha incorporado el control de convencionalidad, esto es, sobre la base del principio *pro homine*.

Otro de los aspectos interesantes sobre el margen de acción del juez constitucional que trae consigo el actual Código, aunque no necesariamente significa que se esté de acuerdo con ello, es el de establecer cuáles son los votos que se necesitan en sede del Tribunal Constitucional, ya sea para crear, modificar o para apartarse de un precedente constitucional vinculante.

Este es un cambio que no ha sido bien recibido por algunos sectores que —de hecho— han presentado una demanda de inconstitucionalidad, porque consideran que esto es un aspecto que debía ser —más bien— regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no en este espacio. Pero no es el único cambio que ha concitado crítica.

El otro cambio que trae consigo el artículo 6 del Título Preliminar del NCPC es que pueden observar que habilita a la Corte Suprema para que, a través del proceso de acción popular, que es ese proceso constitucional a través del cual se controla la constitucionalidad de normas de rango inferior a la ley; pueda crear precedentes constitucionales vinculantes.

541

Este es un aspecto que ha generado fuertes críticas y creo que no falta razón. Y es que sin perjuicio de negar la independencia judicial y la ventaja que puede significar manejar precedentes o jurisprudencia de carácter vinculante, tanto nivel del Tribunal Constitucional como también del Poder Judicial; el gran problema que subyace a este planteamiento del código es: ¿y que nos asegura que no vaya a presentarse alguna controversia, conflicto o pronunciamientos discrepantes entre la Corte Suprema (a través de un proceso de acción popular que establezca como precedente constitucional vinculante) y el Tribunal Constitucional?

Por cierto, desde el año 2004 el Tribunal Constitucional ha podido crear precedentes; es con este Código que se le da la misma atribución a la Corte Suprema. Se trata de un aspecto que no deja de ser preocupante porque lo que se debe evitar y, de hecho, la figura del precedente se inspira en ello, es que haya discrepancias o pronunciamientos jurisprudenciales discordantes.

Este es un aspecto sobre el cual que hay que darle vueltas para evitar que los jueces, los operadores de justicia y los operadores del Derecho en general caigan

en la incertidumbre y no tengan claridad acerca de la pauta a seguir, ya sea lo dispuesto por Corte Suprema o lo que determina el Tribunal Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que los espacios u oportunidades que –eventualmente– podría tener el Tribunal Constitucional, de pronto para pronunciarse y corregir –si es que corresponde– algún precedente que la Corte Suprema haya creado vía proceso de acción popular son: en primer lugar, bien porque ese precedente se aplica dentro de un proceso de tutela de derechos fundamentales en los que el Tribunal Constitucional participa como última y definitiva instancia; o, en segundo término, en un proceso competencial o de inconstitucionalidad –a propósito de la norma con rango de ley, cuyo reglamento ha motivado ese proceso de acción popular producto del cual se ha establecido el precedente constitucional vinculante.

Siguiendo con los cambios que trae consigo el actual Código referidos al margen de acción del juez constitucional; surge uno que también merece comentario y es el relativo a la incorporación de la figura del “amigo de la Corte” o el *amicus curiae*.

542

Esta es una figura muy interesante porque el “amigo de la corte” busca ilustrar a la autoridad jurisdiccional para que pueda resolver de mejor manera la causa que llega a su competencia. Naturalmente, el “amigo de la Corte” es una persona o una entidad que tiene cierto conocimiento particular o cierta experiencia y que puede resultar de capital importancia para que el juez pueda resolver el caso en trámite. Sin embargo, lo que no se desprende de manera expresa del artículo 5 del Título Preliminar del Código es que su incorporación sea sólo factible por invitación del juez o acaso también a solicitud de parte.

Ahora bien, estando así las cosas cabe la pregunta: ¿la incorporación del “amigo de la corte” es una innovación del Código? Pues, no lo es. Si uno revisa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, resulta que so pretexto de la autonomía procesal, ha creado, entre otras figuras como el litisconsorte necesario, también la del “amigo de la Corte”. De hecho, hay procesos en los que ya ha participado el *amicus curiae*; por lo tanto, no estamos –en realidad– ante una innovación del actual Código Procesal Constitucional.

De otro lado, entre otros cambios referidos al margen de acción del juez constitucional, se tiene la eliminación del rechazo liminar. Para poner

en contexto, con el Código Procesal Constitucional anterior, es decir del año 2004, los jueces tenían la posibilidad de rechazar de plano aquellas demandas que no tuvieran elementos suficientes que justifiquen la intervención del juez constitucional. En otras palabras, tenían la posibilidad de rechazar demandas de plano, bajo el argumento de que no presentaban indicios que justificaran la intervención de dicho juez. Esto ayudaba a depurar, de alguna manera, la sobrecarga procesal que pudiera afectar la justicia constitucional. Sin embargo, con el NCPC, se ha eliminado por completo la figura del rechazo liminar. Tan claro es el tema que lo ha mencionado de manera expresa, es decir, está proscrita la figura del rechazo liminar y eso no es todo, sino que además de haber eliminado este mecanismo, el NCPC ha establecido la figura de la audiencia única.

En efecto, hoy en día, no sólo los jueces constitucionales no pueden rechazar de plano las demandas, con lo cual tienen que admitir y tienen que aceptar todas las demandas que lleguen a su conocimiento, según corresponda; sino que, además, están obligados a programar audiencias únicas públicas para discutir y valorar las pretensiones de las partes, las pruebas y, si corresponde dentro de ese mismo acto, resolver la causa que llega a su conocimiento.

543

Como podrá suponerse, no se está tomando en consideración cómo esto puede impactar en el quehacer del juez constitucional, el cual se puede ver absolutamente avasallado a un extremo tal que se corre el riesgo de que los plazos legales existentes para acceder a la justicia constitucional y obtener un pronunciamiento judicial oportuno, comiencen a no respetarse.

Siguiendo con las modificaciones que el NCPC establece en relación con el margen de acción del juez constitucional, hay otra figura que no es tampoco una innovación de esta norma, y es la actuación de la sentencia impugnada. Para poner nuevamente en contexto, cuando uno inicia un proceso constitucional y recibe una decisión favorable, por ejemplo, en primera instancia, naturalmente el interés de la víctima es que esa sentencia se ejecute independientemente de que la parte vencida apele o impugne. De esta manera, el demandante espera que se puede dar cobertura a su derecho independientemente de que todavía se siga el trámite del proceso constitucional. Esa es la figura de la actuación de la sentencia impugnada, por eso se llama así: porque es actuar la sentencia, pese a que ha sido impugnada por la parte vencida.

La idea que subyace al mecanismo de la actuación de la sentencia impugnada, es intentar reparar o evitar que la situación lesiva perdure durante el trámite del proceso constitucional. En este sentido, lo que establece el actual código y que no ha dejado también de despertar crítica, es que en su artículo 26 se señala que la actuación de la sentencia impugnada es factible, pero que la decisión del juez que ordena ejecutar la sentencia (pese a que haya sido impugnada) no es impugnabile.

Así, una de las grandes preocupaciones detrás de este mecanismo es que cuando se ejecute esa sentencia que ha sido materia, por ejemplo, de una apelación, no se genere una situación que luego no se pueda retrotraer. En efecto, no olvidemos que el proceso constitucional continúa, por lo que, si al final del mismo pierde el demandante, la sentencia debe igual hacerse factible a favor del demandado, lo que sería imposible si como producto de la aplicación de la actuación de la sentencia impugnada, se genera una situación irreversible.

En esa línea de pensamiento, un límite de la actuación de la sentencia impugnada tiene que ver —justamente— con no generar una situación que no se pueda retrotraer, no generar una situación que no se pueda revertir. Es el caso, sin embargo, que, si bien ello también se señala en el NCPCP, éste añade que la decisión del juez que ordena la actuación de la sentencia impugnada no podría ser objeto de recurso o medio impugnatorio alguno. En otras palabras, si el juez se equivoca al momento de establecer la actuación inmediata de su sentencia, pese a que ha sido impugnada, y no valora, por lo tanto, de manera correcta la eventual situación que estaría produciendo, la parte perjudicada no tiene remedio procesal dentro de ese proceso, quedando sólo el escenario de la vía civil para la indemnización respectiva, sin perjuicio de la responsabilidad funcional del juez.

Como se puede observar, el temperamento del NCPC deja en situación de indefensión al demandado. Entonces, aquí hay un frente que también hay que tomar mucho recaudo porque en un proceso constitucional, independientemente que la balanza suela inclinarse para facilitar el acceso a la justicia de quien demanda porque es la víctima que viene padeciendo una situación lesiva a sus derechos fundamentales, no se debe perder de vista la existencia de la parte demandada, que también tiene derechos fundamentales y, por lo tanto, se hace preciso tener en consideración.

Por otro lado, a propósito de algunos cambios adicionales que tienen que ver con el margen de acción del juez constitucional, se tiene que el actual Código

aborda la participación del Ministerio Público en el marco de la ejecución de las sentencias constitucionales. Efectivamente, como ha quedado dicho cuando comentamos la figura de la apelación por salto, una de las grandes preocupaciones en el seno de los procesos constitucionales es cómo asegurar el cumplimiento eficaz y oportuno de las sentencias constitucionales. Pues bien, para estos fines el NCPC ha incorporado al Ministerio Público.

En ese orden de ideas, me parece interesante y rescatable que el actual Código haya establecido la posibilidad de remitir los actuados al Ministerio Público para que este pueda adoptar alguna acción penal en contra de aquella autoridad o persona renuente a cumplir con la sentencia constitucional. Es decir, se trata de una medida de apercibimiento como puede adoptar el juez y que se erige en un “espada de Damocles” que tendrá sobre su cabeza aquel agresor contra el cual se ha expedido finalmente sentencia.

Sumado a ello, es también interesante que se incorpore la figura de la prisión preventiva, esto es, en el marco de los procesos constitucionales es factible que –eventualmente– se dicte prisión preventiva contra aquella persona o autoridad que no cumple con el mandato judicial.

545

No obstante, y a pesar de lo positivo que nos puedan parecer estos últimos cambios, tampoco constituyen una innovación del Código porque si uno se remite proyecto de Código Procesal Constitucional, o sea, ese documento que llega a manos del Congreso y que parte de una iniciativa estrictamente de un grupo de destacados académicos y profesionales, sí se había contemplado la figura de la prisión preventiva o detención; por lo tanto, no es una innovación o aporte, aunque ello no desmerece en lo absoluto su pertinente incorporación el día de hoy.

4. Algunas obligaciones pendientes, a propósito de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional

En esta parte de la exposición se abordarán algunas obligaciones que se desprenden del Código hacia otros organismos distintos al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional, y que se hace necesario que se cumplan con miras a la mayor y mejor eficacia de los procesos constitucionales.

En este caso estamos hablando principalmente de las tareas que el código les asigna implícitamente tanto a la junta Nacional de justicia (JNJ) como al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS).

En ese sentido, en primer lugar, hoy en día el NCPC establece que todos los procesos de tutela de los derechos fundamentales serán de conocimiento de los jueces constitucionales. Si bien es cierto la norma anterior hacía lo propio, mantenía para el particular caso del *Hábeas Corpus*, la competencia del juez penal sin observar turnos. Sin embargo, es el caso que, bajo la norma actual, incluso en el caso de los *Hábeas Corpus* el juez competente es el juez constitucional.

Hemos señalado en otras oportunidades que para que el control del poder y tutela de los derechos fundamentales estén garantizados en el marco de un Estado Constitucional, se hace necesario que la institución cuente –por lo menos– con tres características claves: imparcialidad, independencia y especialidad.

Evidentemente, la especialidad en el ámbito procesal constitucional no es un asunto menor porque hay principios que es preciso observar para lograr el mejor resultado posible en estos procesos. Así, por ejemplo, el principio de suplencia de queja deficiente es de especial importancia en estos casos y para su aplicación es preciso que el juez lo conozca y sepa cuál es su alcance. El problema radica entonces en que actualmente no se tiene tantos jueces constitucionales como quizá el código presupone. Efectivamente, en Lima existen poco más de 10 jueces constitucionales y la situación es aun peor a nivel de otros distritos judiciales que es donde se necesitan más jueces de esta especialidad jurisdiccional.

Debido a esa situación se necesita que tanto la JNJ como la Academia de la Magistratura trabajen de manera conjunta para cada vez tener no solamente jueces constitucionales, sino que estos conozcan realmente la dinámica de los principios procesales y todas aquellas herramientas y mecanismos que contribuyen a que realmente se alcance la finalidad de los procesos constitucionales en generales y de los de tutela de derechos en particular.

Un segundo punto dentro de las obligaciones que emanan del código y cuyo cumplimiento se torna en una tarea de primer orden, se refiere al MINJUS. Y es que una de los aspectos rescatables de este nuevo Código, es la creación de la Defensoría Pública Especializada en Procesos Constitucionales.

Según el artículo 4 del código, si la persona no tiene recursos para contratar un abogado a título particular, contará con un defensor público especialista en asuntos constitucionales o procesales constitucionales. Esto es absolutamente valioso ya que, si nos ponemos a pensar que el Código Procesal Constitucional,

tanto el anterior como el actual, está orientado a facilitar el acceso de la justicia al que sufre una lesión de sus derechos fundamentales, pues con mayor razón debe hacerlo si la víctima no tiene siquiera los recursos para acceder a la justicia constitucional y contratar un abogado para tal efecto. Corresponde, por lo tanto, llamar la atención al MINJUS para que se pueda garantizar esa defensa técnica para quienes puedan verse vulnerados en sus derechos fundamentales y vean depositadas sus esperanzas en los defensores públicos especializados que pueda proveer esta institución del Estado.

5. A modo de conclusión

Como se habrá podido observar, lejos de tener hoy un NCPC innovador o que haya planteado algunos cambios indispensables o necesarios, pareciera ser más bien un código que –para empezar– de nuevo tiene poco o nada y; por lo tanto, más propiamente sería hablar de una reforma del Código Procesal Constitucional, e inclusive dentro de una reforma hay cambios que no son necesarios.

En efecto, por un lado, hay instituciones procesales o figuras que ya venían aplicándose, sea por que el código anterior ya las había contemplado o por que el Tribunal Constitucional así lo estableció en su jurisprudencia. Y, por otro lado, si hay algunas modificaciones a destacar, como se ha visto, no necesariamente se trata de cambios que sean para bien. Más de uno genera serias preocupaciones o deja entrever serios problemas para su implementación, sin perjuicio de los eventuales visos de inconstitucionalidad que también se han señalado.

Finalmente, hay obligaciones que emanan o se desprenden del código y que bien vale la pena tomar nota, sobre todo en el caso de la JNJ y del MINJUS, al menos para que se cumpla con ellas de forma oportuna y se contribuya a alcanzar una justicia constitucional y una defensa técnica especializada, tal como también se ha intentado relevar aquí. Muchas gracias.