

LA RESIDUALIDAD DEL PROCESO  
CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO CÓDIGO  
PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO.  
UNA REFLEXIÓN A LA LUZ DEL DERECHO  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>\*</sup>

JOSEPH CAMPOS<sup>\*\*</sup>

RESUMEN

El autor presenta una reflexión desde el derecho procesal constitucional y el derecho internacional de derechos humanos, respecto de un cambio sustancial en las condiciones de procedencia de los procesos constitucionales en el Perú, a partir de la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional, el primero en Iberoamérica (sin contar el estadual en Argentina). Siguiendo esta línea, el autor recapacita sobre dicho estatuto desde el derecho internacional de los derechos humanos. Comienza estableciendo la importancia de los derechos de la persona en el Estado constitucional y democrático de derecho, para luego presentar la evolución del derecho internacional de los derechos humanos,

*Fecha de recepción:* 29 de octubre de 2004

---

\* A mis padres.

\*\* Abogado de la Universidad Católica del Perú. Profesor de derecho constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Consultor privado en derecho internacional humanitario, derechos humanos y derecho constitucional. Socio fundador de la firma Joseph Campos abogados.

donde se diluyen las distinciones entre derechos fundamentales, humanos y constitucionales, reseñando sus principales características. Seguidamente, presenta los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y los problemas centrales que presenta su implementación y vigencia. Hace además una breve referencia al tratamiento que hace la Constitución peruana de 1979, en contraste con la fujimorista de 1993. Finaliza el autor proponiendo la restitución de la alternatividad o el establecimiento legislativo de mecanismos para evitar que la vigencia de la causal derive en indefensión. Indefenso.

Palabras clave: derecho procesal constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, instrumentos internacionales de derechos humanos. residualidad, alternatividad.

#### ABSTRACT

*The author presents a reflection from the Constitutional Procedural Law and the International Law of Human Rights, referring to the substantial change in the conditions of possibility of the constitutional procedures in Peru, starting from the validity of the Constitutional Procedures Code, the first in Ibero-America (with out taking into account the Argentinean estadual code). Following this line, the author analyses such statue from the International Law of Human Rights. Starts establishing the importance of the rights of the human being in the Estado Constitucional y Democrático de Derecho, then presents the evolution of the International Law of Human Rights, where are diluted the distinctions between fundamental rights, human and constitutional, reviewing its principal characters. Next, presents the principal international instruments in human rights and the central problems that its implementation and validity present. The*

*author also makes a brief reference to the treatment of 1979 the Peruvian constitution, in contrast with the Fujimorist of 1993. The author finishes proposing the restitution of the alternate procedures or the congressional establishment of mechanisms to avoid that the validity of the causal derives in defenselessness.*

*Key words: Constitutional Procedural Law, International Human Rights Law, International Instruments in Human Rights; Residuality; Alternate Procedures.*

## SUMARIO

Presentación

Antecedentes

Derechos fundamentales, derechos humanos y derechos constitucionales

La relación entre el derecho internacional e interno. El caso particular de los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos

Derecho internacional y derecho interno. El caso peruano

Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos vigentes para el Perú

Los procesos constitucionales como los recursos efectivos, sencillos y rápidos

La regulación de las causales de improcedencia de los procesos constitucionales

La residualidad en Argentina. Lecturas desde el Perú

Breve reflexión sobre la alternatividad

Las excepciones a la residualidad. Notas y preocupaciones

El establecimiento de la residualidad después de la alternatividad. Una reflexión a la luz del derecho internacional de derechos humanos

A manera de resumen y aportes

#### PRESENTACIÓN<sup>1</sup>

Mediante la Ley 28237, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo del 2004, se desarrolla la primera experiencia de codificación en Iberoamérica, de alcance nacional, de los procesos constitucionales. Esa es la importancia de este documento, sin dejar de mencionar que es un documento donde la injerencia política ha sido mínima (aunque lo suficiente para afectar algunas instituciones) por lo que en realidad es consecuencia de un esfuerzo colectivo y académico importante.

El documento que presento pretende una actitud crítica respecto del cambio, central en mi modesta opinión, que el Código Procesal Constitucional realiza respecto del proceso constitucional de Amparo (extensible a los demás procesos constitucionales) cuando

---

1 Trabajo que forma parte del colectivo en homenaje a DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE. Actualmente en prensa.

establece la “residualidad” en lugar de la alternatividad<sup>2</sup> como uno de los principios rectores de su procedencia.

Admitimos que la residualidad hará extraordinario el proceso constitucional por su dificultoso acceso, pero ¿es esa extraordinariedad la que necesita el proceso constitucional como garantía de los derechos humanos y constitucionales? ¿el proceso constitucional es más tutelar con la residualidad? La hipótesis del presente trabajo es que no necesariamente y que podría configurarse un incumplimiento de instrumentos internacionales protectores de derechos humanos. Lo seguido pretende explicar porqué.

#### ANTECEDENTES

Hacer una historia respecto de los antecedentes de los procesos constitucionales en el Perú, y de las denominadas “vías paralelas” no es aporte si consideramos que tenemos abundante literatura al respecto. Precisamente es GARCÍA BELAÚNDE quien ha hecho sesudas referencias al respecto por lo que, en aras de centralizar nuestra atención en el tema central del trabajo, a ellas me remito<sup>3</sup>. Sí es importante, para efectos del amparo, citar el hallazgo de DANIEL SORIA de un proyecto de ley del siglo XIX<sup>4</sup>, aún cuando no entre en el grupo de normas sino de proyectos. Otro dato a reseñar, siempre en el amparo y quizá más misceláneo, es un proyecto de ley de 1967 que cita SAMUEL ABAD<sup>5</sup> donde proyecta un *hábeas corpus* propio y

- 
- 2 Alternatividad relativa puesto que no procede el amparo cuando se ha optado por la vía regular. La ley de *hábeas corpus* y amparo, Ley 23506, señala como causal de improcedencia: “Artículo 6º.- No preceden las acciones de garantía: (...) inciso 3.- Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”.
  - 3 GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO, *Derecho procesal constitucional*. Ed. Temis. Bogotá, 2001. Tb. ABAD YUPANQUI, SAMUEL. “Acción de amparo y vías paralelas”, en: *Lecturas sobre temas constitucionales* 4. Ed. CAJ. 1990 págs. 130 y sigs.
  - 4 SORIA LUJÁN, DANIEL, “El proyecto de Ley de Protección a la Libertad Personal (1849)”. FUENTES, en: *Pensamiento constitucional*, año III, n° 3, Fondo Editorial PUCP, Lima, págs. 379-387.
  - 5 ABAD YUPANQUI, SAMUEL, *op. cit.* pág. 131, cita 26.

un *hábeas corpus* civil. Es importante señalar que el proyecto no sólo fue suscrito por el expresidente del Gobierno de Transición, VALENTÍN PANIAGUA, como diputado, sino que se nos dijo fue su autor.

Lo importante de los antecedentes a nivel de los procesos constitucionales, es señalar que la constitucionalización del amparo ocurre con la vigencia de la Constitución Política de 1979. Antes de eso existía un *hábeas corpus* omnicompreensivo. Esta Constitución marca, en consecuencia, con el establecimiento del Tribunal Constitucional y diversos procesos constitucionales, destinados a la defensa de los derechos fundamentales y del principio de supremacía constitucional, una evolución del Estado de derecho en el Perú. MANUEL GARCÍA PELAYO<sup>6</sup>, expresidente del Tribunal Constitucional español, diría que el establecimiento de la jurisdicción constitucional especializada marca la evolución del Estado legal de derecho, donde se consagra el principio de legalidad, al Estado constitucional de derecho, donde el principio rector es el de constitucionalidad.

### Estado constitucional de derecho y derechos fundamentales

El Estado Constitucional de Derecho, a decir de KARL LOWENSTEIN<sup>7</sup>, funda su existencia en dos pilares: el respeto de los derechos de la persona y el establecimiento de mecanismos de control del poder político. Donde lo segundo sirve al fin primero. Y es que el Estado democrático, cuya soberanía reposa en la nación, que lo hace neutro y con un poderío único en su historia<sup>8</sup>, con equilibrio de poderes y la necesidad de una Constitución, consagra

---

6 GARCÍA PELAYO, MANUEL. "Estado legal y Estado Constitucional de derecho", en: *El Tribunal de Garantías en debate*. Ed. CAJ. Lima. 1986 pág. 28.

7 LOWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*. Ed. Ariel. 2ª edición castellana, Madrid. pág. 151.

8 BLANCO VALDÉS, ROBERTO, *Los partidos políticos*. Temas clave de la Constitución Española. Tecnos. Madrid, 1997, pág. 20.

el centro de su atención: la persona. Así lo señala el documento central de la Revolución Francesa y burguesa, principal precedente de los instrumentos internacionales conocidos, la *Declaración del Hombre y del Ciudadano*, proclamada por la Asamblea Constituyente francesa de 1789.

Este instrumento declarativo, de vocación internacional señala en sus dos primeros artículos:

“Artículo 1.- Los hombres nacen libres e iguales en derechos; las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2.- El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

(...)

Artículo 16.- Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de poderes carece de Constitución”.

Sin el propósito de abrir un debate del significado del concepto Constitución en este contexto, lo importante es evidenciar la posición de la persona en el nuevo Estado.

#### DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

En el nuevo Estado, son el respeto de sus derechos y su defensa, los ejes de la atención jurídica. Sin embargo, claro está, es con la institucionalización de la justicia constitucional, con la aparición de los tribunales constitucionales, cuando el derecho constitucional, reiterando a GARCÍA PELAYO, se convierte en verdadero derecho. La reflexión jurídica sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales, subjetiva y objetiva, como derecho y como límite al sistema jurídico<sup>9</sup>, representa importantísima evolución de la

---

9 FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *La dogmática de los derechos humanos*, Ed. San Marcos, Lima, pág. 59.

prevalencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico. La imposibilidad de la existencia de una norma que afecte derechos fundamentales, sin que merezca repudio y expulsión, evidencia la fuerza excluyente de los derechos fundamentales. Esta fuerza alcanza a los derechos humanos, a los cuales el derecho internacional atribuye especiales características<sup>10</sup>.

---

10 *Inherentes*: porque son innatos a todos los seres humanos sin distinción alguna, pues se asume que nacemos con ellos. Por tanto, estos derechos no dependen de un reconocimiento por parte del Estado.

*Universales*: por cuanto se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar; por tanto, no pueden invocarse diferencias culturales, sociales o políticas como excusa para su desconocimiento o aplicación parcial.

*Absolutos*: porque su respeto se puede reclamar indistintamente a cualquier persona o autoridad.

*Inalienables*: por ser irrenunciables, al pertenecer en forma indisoluble a la esencia misma del ser humano; no pueden ni deben separarse de la persona y, en tal virtud, no pueden transmitirse o renunciar a los mismos, bajo ningún título.

*Inviolables*: porque ninguna persona o autoridad puede actuar legítimamente en contra de ellos, salvo las justas limitaciones que puedan imponerse de acuerdo con las exigencias del bien común de la sociedad.

*Imprescriptibles*: porque no se pierden por el transcurso del tiempo, independientemente de si se hace uso de ellos o no.

*Indisolubles*: porque forman un conjunto inseparable de derechos. Todos deben ser ejercidos en su *contenido esencial*, al tener igual grado de importancia.

*Indivisibles*: porque no tiene jerarquía entre sí, es decir, no se permite poner unos por encima de otros ni menos sacrificar un tipo de derecho en menoscabo de otro.

*Irreversibles*: porque todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse.

*Progresivos*: porque dado el carácter evolutivo de los derechos, en la historia de la humanidad, es posible que en el futuro se extienda la categoría de derecho humano a otros derechos que en el pasado no se reconocían como tales o aparezcan otros que en su momento se vean como necesarios a la dignidad humana y, por tanto, inherentes a toda persona.

MARCOS-SÁNCHEZ, JOSÉ, *Manual de libertad sindical*. OIT. Oficina de Actividades para los Trabajadores. Oficina Regional para América y el Caribe, en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/otros/xviii/cap1/i.htm>



Decimos esto porque la evolución del derecho y del derecho internacional en particular, ha diluido la diferencia primigenia entre derechos humanos, fundamentales y constitucionales<sup>11</sup>; donde los humanos serían aquellos que trascienden fronteras y comunidades sociales y surgen de la dignidad y condición humana; los fundamentales NO los que emergen en determinada sociedad y los constitucionales los positivizados. Hoy eso ya no tiene sentido dado el desarrollo del derecho y del derecho internacional de los derechos humanos en particular<sup>12</sup>. Es más, en casi la totalidad de países donde se han elaborado procesos constituyentes o de reforma, con posterioridad a la existencia de los instrumentos regionales o mundiales de derechos humanos, e inclusive a los que tenían constituciones vigentes, la “relación” de derechos fundamentales positivizados coincide con la(s) que presenta(n) el(los) instrumento(s) internacional(es) protector(es) de derechos humanos. Ello evidencia el levantamiento de esas diferencias conceptuales.

Seguidamente, nos aproximaremos a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno para recalcar específicamente en el tratamiento del tema en el Perú.

LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL E INTERNO.  
EL CASO PARTICULAR DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES  
DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Temas como dualismo o monismo en el enfoque del derecho internacional para abordar el tema de la relación entre el derecho interno e internacional, ha sido largamente superado a favor del monismo. Tal como lo dice CANÇADO:

---

11 OESTREICH, GERHARD; SOMMERMAN, KARL PETER, “Pasado y presente de los derechos humanos”. Ed. Tecnos. Madrid, 1990, págs. 25-26.

12 Esto puede ser debatido por otras opiniones. Léase a PEDRO FRÍAS. “Los derechos humanos en el contexto cultural en Latinoamérica”, en: *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*. Ed. Grijley. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), págs. 79 y sigs.

“O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, que são efetivamente chamados a aplicar as normas internacionais. Estas últimas se aplicam sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno dos Estados, não mais portanto se justificando que, no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estática e compartimentalizada, como o foram outrora...”<sup>13</sup>.

Hoy no es de recibo el argumento del derecho interno como oponible al internacional, aún cuando la norma interna de colisión sea la Constitución. Así nos dice BIDART cuando señala que la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno es consagrada

“incluida en éste la propia Constitución de los Estados. Este principio es oriundo del derecho de gentes, y quedó plasmado en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (art. 27<sup>14</sup>)<sup>15</sup>”.

Dicho lo anterior, podemos resumir que los temas centrales y básicos de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno son:

### 1. La verificación de la existencia de la obligación internacional.

---

13 CANÇADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. I, 2ª ed, Ed. Sergio Antonio Fabris, Rio Grande do Sul, pág. 41, Véase también a CIURLIZZA, JAVIER...

14 “27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. (...) 46. *Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados*. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

15 BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional”, en: *Derecho procesal constitucional*, coordinador EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, t. II, Ed. Porrúa, México, 2002, pág. 1104.

2. La verificación de la primacía del derecho internacional sobre las normas internas.
3. La calidad del efecto con que la norma internacional se incorpora al derecho interno.

Respecto de la primera situación, la verificación se evalúa considerando la existencia de un tratado en vigor y los alcances del mismo considerando la adhesión y ratificación; la segunda, desde el eventual conflicto o colisión entre norma internacional e interna; finalmente, la tercera, verificando si la norma internacional se incorpora directamente o indirectamente (vía regulación) en el sistema jurídico interno.

Cuando nos referimos al derecho internacional de los derechos humanos, el tema de las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno, a favor del primero, sin duda, es más evidente. La transnacionalización de los derechos humanos no sólo es un fenómeno de hecho sino de derecho. El tema de los derechos humanos

“(...) ya no interesa sólo al Estado donde el individuo habita (lo que en términos jurídicos significaba la aplicación del principio de no intervención en los asuntos de jurisdicción interna); sino a la comunidad internacional en su conjunto... hoy en día la internacionalización de estos valores y su afirmación como obligaciones de carácter *erga omnes* hace que la protección de los derechos humanos sea un interés internacional.(...)”<sup>16</sup>.

En consecuencia,

“(...) la protección de los derechos humanos configura un principio general del derecho internacional y tiene categoría de *ius cogens*, por lo que la cuestión de los derechos humanos ya no pertenece a la jurisdicción reservada y exclusiva de los estados, sino que es concurrente o compartida entre el derecho interno y la jurisdicción internacional.(...)”<sup>17</sup>.

---

16 NOVAK, FABIÁN y SALMÓN, ELIZABETH. “Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos”. Ed. Fondo Editorial PUCP, 2002, Lima, pág. 57.

17 BIDART, *op. cit.*, pág. 1105. Una opinión interesante pero referida a específicos derechos fundamentales, venida desde el derecho internacional, es que no todos

Compartimos esta opinión plenamente por cuanto los derechos humanos, en tanto formalizaciones jurídicas que apuntan materializar condiciones de dignidad de la persona, no deberían estar condicionados a la consagración de las referidas formas jurídicas o si, existiendo éstas, presenten contenidos que no satisfacen su propósito tutelar.

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO.  
EL CASO PERUANO

En el caso peruano la opción monista es clarísima. Esta afirmación se hace considerando el tratamiento del derecho internacional hecho por la Constitución de 1979. En esta Constitución, el reconocimiento de algunos instrumentos internacionales era expreso (respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales y de la Convención Americana de Derechos Humanos) y la colisión se definía a favor del tratado o norma internacional. Es más, se hacía referencia expresa a los tratados de derechos humanos y su especial primacía. El efecto de la norma internacional, como consecuencia necesaria, era directo<sup>18</sup>.

El tratamiento hecho por la Carta fujimorista de 1993 es minimalista y contradictorio, pero monista al fin. Por un lado, hay reconocimiento expreso de las obligaciones internacionales en su propio texto y la

los derechos humanos tienen carácter obligatorio o *ius cogens* y que podrían sufrir algunas restricciones. El desarrollo de esta afirmación la encontramos en el texto citado precedentemente (NOVAK y otra, *Las obligaciones*, *op. cit.*, pág. 58).

18 *Constitución Política del Perú de 1979*:

“Artículo 101°— Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

Artículo 103°— Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser probado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

*Artículo 105°— Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.*

expresa incorporación directa de las normas internacionales de los tratados en vigor. Sin embargo, al momento de la evaluación de una situación de conflicto entre norma internacional e interna, apreciamos el minimalismo y la contradicción referidos. En efecto, comienza distinguiendo formas de aprobación que sugeriría gradaciones a nivel de los tratados y de la consecuente responsabilidad internacional del Estado para, inmediatamente, someterlas a un control de “constitucionalidad” vía acción de inconstitucionalidad en forma indistinta. Este tratamiento define el rango de ley de los tratados internacionales, aunque el control de constitucionalidad sugiere la posibilidad de expulsar un tratado internacional mediante un proceso constitucional interno, lo que resulta discutible. No obstante lo dicho, debemos señalar lo siguiente:

- a. La primacía de los tratados es, en sí, una obligación internacional del Estado peruano desde la suscripción de la Convención de Viena (derecho de los tratados) y, así no fuera así, doctrinariamente (como hemos hecho anterior referencia) y jurisprudencialmente<sup>19</sup> es considerado derecho consuetudinario<sup>20</sup>.
- b. El derecho interno no es oponible al derecho internacional para evadir la responsabilidad internacional del Estado.

En consecuencia, los límites establecidos en la carta son, en los hechos, letra muerta. Esta afirmación podría considerarse corroborada (no obstante reconocer la particularidad de la situación y no tratarse de una colisión de normas pero sí de oponer normas o actos internos

---

19 “la primacía incondicional del derecho internacional sobre el derecho interno ha sido defendida por los tribunales internacionales en diversas ocasiones, por el derecho comparado, por tribunales internos y por la mayoría de los publicistas...”. Esto alcanza a normas constitucionales. Véase NOVAK FABIAN y otra, *op. cit.*, pág. 119.

20 “El Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados puede ser considerado, en muchos aspectos, como una codificación del derecho consuetudinario existente”. Caso de la competencia en materia de pesquería, Reino Unido vs. Islandia. Reprots, 1973, pág. 21 en *ibíd.* pág. 33.

contra los tratados internacionales) cuando el Perú alguna vez, durante la dictadura fujimorista, pretendiera sustraerse de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esa ocasión, la Corte, en las resoluciones donde definía competencia, en dos casos emblemáticos, rechazó ese retiro y siguió sometiendo a su conocimiento las causas contra el Perú<sup>21</sup>. El cuestionamiento de la legitimidad de esta Carta del 93 y los intentos de anularla o sustituirla (que incluyen el reconocimiento por el Tribunal Constitucional del origen espúreo de ese documento), a los que añadimos el carácter acumulativo y progresivo de los derechos, nos remiten a que sea el tratamiento de la Constitución de 1979 a los tratados internacionales y de los derechos humanos en particular, el correcto e invocable. Habiendo desarrollado lo precedente como marco conceptual, abordaremos el tema de la residualidad establecida por el nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley 28237.

#### LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS VIGENTES PARA EL PERÚ

El Perú tiene vigentes diversos instrumentos internacionales. En consecuencia, sobre la base de lo precedentemente dicho, forman parte del derecho interno. Los principales referidos a la protección de derechos fundamentales son la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1978); Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (1978); Declaración Americana sobre Derechos Humanos (1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) y su Protocolo Adicional (1995).

Todas estas normas consagran obligaciones para los Estados de adecuar sus legislaciones internas para consagrar y coadyuvar a la plena realización de los derechos humanos ahí establecidos, a incorporarlos

---

21 Los casos son Tribunal Constitucional *vs.* Perú (caso 11.760) e Ivcher Bronstein *vs.* Perú (caso 11.762). Los argumentos van, en el primer caso, de los párrafos 31 al 54; en el segundo, de los párrafos 32 al 55.

si no existieran y a respetarlos si a la vigencia del instrumento internacional ya estuvieran reconocidos. Asimismo, obligan a los estados parte a interpretar maximizando los derechos y prohibiendo las restricciones y limitaciones a los derechos sino media máxima justificación social.

Respecto del tema del presente documento, seguidamente presentaremos las normas de los tratados internacionales pertinentes:

*Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>22</sup> (DUDH):*

“Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>23</sup> (PIDCyP):*

“Artículo 2.- (...)

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violada podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

(...)

Artículo 5

---

22 Aprobado por el Perú: 15 de diciembre de 1959 (Res. Leg. 13282).

23 Entrada en vigor para el Perú: 28 de julio de 1978 (16ª Sexta Disposición Trans. de la Constitución de 1979).

1) Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2) No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no lo reconoce o los reconoce en menor grado”.

*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDSyC)*<sup>24</sup>

“*Artículo 4.*- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 5.-

1) Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2) No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, con el pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce a menor grado”.

---

24 Entrada en vigor para el Perú: 28 de julio de 1978 (16° Sexta Disposición Trans. de la Constitución de 1979).



*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)*<sup>25</sup>

“Artículo XVIII

Derecho de justicia

Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)*<sup>26</sup>

“Artículo 2

Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el Artículo 1 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.

(...)

Artículo 25

*Protección judicial*

1) Toda persona tiene 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 reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención; aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2) Los Estados partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

---

25 Entrada en vigor del tratado: 2 de mayo de 1948 (16° Sexta Disposición Trans. de la Constitución de 1979).

26 Entrada en vigor del tratado para el Perú: 28 de julio de 1978 (16° Sexta Disposición Trans. de la Constitución de 1979).

- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

(...)

#### Artículo 29

##### Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

#### Artículo 30

##### Alcance de las restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en las mismas, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

*Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. “Protocolo de San Salvador”<sup>27</sup>*

“Artículo 4

##### No admisión de restricciones

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones

---

27 Entrada en vigor para el Perú: 04 de junio de 1995 (Depósito de instrumento de ratificación en la fecha).

internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

## Artículo 5

### Alcance de las restricciones y limitaciones

Los Estados Partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.

De lo precedentemente descrito no queda duda entonces que:

1. Que todos forman parte del derecho nacional peruano. Es más, tres (03) de los instrumentos internacionales referidos tienen reconocimiento a nivel constitucional (la Constitución de 1979)<sup>28</sup>. Uno de ellos y que merecerá especial examen es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. Que es obligación internacional la plena realización de los derechos humanos existentes al momento de la vigencia del tratado. De no existir, es obligación adecuar de los Estados y promover su desarrollo.
3. Que no se admiten restricciones y limitaciones de los derechos reconocidos (como materialización de las características de

---

28 Constitución Política del Perú, 1979.

“TÍTULO VIII

Disposiciones generales y transitorias

*Decimosexta.*- Se ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de las Naciones Unidas.

*Se ratifica igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Internacional de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.*

progresividad e irreversibilidad de los derechos humanos) salvo se invoque la “preservación del bienestar general en una sociedad democrática”.

4. Que es derecho humano un recurso que proteja los derechos humanos de la persona. Ese recurso debe ser efectivo, sencillo y rápido.

El recurso efectivo, sencillo y rápido (mas no especiales) son, a nuestro modesto entender, los procesos constitucionales que componen lo que se denomina la Jurisdicción de la Libertad como son el *hábeas corpus*, el amparo<sup>29</sup> y el *hábeas data*.

#### LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES COMO LOS RECURSOS EFECTIVOS, SENCILLOS Y RÁPIDOS

En anterior documento hemos hecho referencia a los antecedentes, naturaleza y fines de los procesos constitucionales<sup>30</sup>, siempre invocando las respectivas fuentes, por lo que resultaría ocioso repetirlo. Sin embargo, es menester señalar que su fin lo determina su extraordinariedad: la defensa de los derechos fundamentales o humanos y, en general, la afirmación del principio de supremacía constitucional. Es más, es definido expresamente como una de las garantías de los derechos fundamentales<sup>31</sup>, constituyendo un argumento

---

29 CAMPOS, JOSEPH, “El juez civil y la flexibilización del principio de congruencia procesal en los procesos constitucionales de amparo”, en: *Derecho y sociedad, Revista de Derecho*, año XIV, n° 20, PUCP, Lima, 2003, pág. 24.

30 *Ibíd*, págs. 24 y 25.

31 “...*Cuanto acabamos de exponer explica la pluralidad de garantías a que con anterioridad nos referíamos, garantías que, siguiendo los criterios doctrinales más generalizados, podemos clasificar en: 1.- normativas, 2.- de fiscalización parlamentaria y 3.- jurisdiccionales. Dejando el análisis de estas últimas, objeto central de este trabajo, para un momento ulterior, nos referiremos ahora de modo sumario a los dos primeros tipos de garantías... Los sistemas jurisdiccionales de*

para la definición de su naturaleza pública. Siendo así, podemos afirmar que si un proceso constitucional efectiva y exitosamente ha tutelado un derecho fundamental, ello importa a todos. Y es que, retomando una de las ideas iniciales del presente documento, es el respeto de los derechos fundamentales uno de los soportes del Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Revisando los procesos contenciosos existentes, podemos afirmar que no existe proceso más sencillo y rápido en términos formales en todo el sistema procesal peruano (no considerando a los no contenciosos) que los procesos constitucionales. En ese sentido, no son ¿acaso los procesos constitucionales previstos en las cartas constitucionales y recogidos en el Código Procesal Constitucional los recursos consagrados en los instrumentos internacionales citados? Definitivamente sí porque son formalmente eficaces<sup>32</sup>,

---

*protección son de muy diferentes tipos. Muy dispares han sido, en consecuencia, las clasificaciones que de ellos se han hecho. Por nuestra parte, los agruparemos del modo siguiente: a. La protección por el juez ordinario; b. La garantía de los derechos por la jurisdicción constitucional; y c. La protección transnacional de los derechos, que implica su salvaguarda por órganos jurisdiccionales internacionales o supranacionales". FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, La dogmática de los derechos humanos, Ediciones Jurídicas, Perú, 1994, págs. 132-142.*

- 32 Al respecto es menester precisar algunas interpretaciones hechas por la Corte respecto de lo que entiende por eficaz. Así, en el Caso Velásquez Rodríguez dijo "...Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido..." (...). El asunto toma otro cariz, sin embargo, cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente estarían al alcance de los demás". También en el Caso 10987 Informe 30/97. Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, OEA/Ser. L/V/II.98, doc 6, rev., 13 de abril de 1998, se dice "...El artículo 25 (1) incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención "...los Estados Parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 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...

sencillos y de términos procesales menores al más sumario de los procesos civiles<sup>33</sup>.

¿Será acaso un argumento que el amparo sea preexistente a los instrumentos internacionales de derechos humanos para que se considere que los procesos constitucionales no son esos procesos previstos en los citados instrumentos internacionales? Consideramos que no. Hemos citado y comentado normas de los tratados internacionales que reconocen expresamente este tipo de situaciones, donde el derecho preexiste al instrumento internacional. Es más, esto es respondido en el mismo sentido por los que proyectaron la ley al justificar o presentar el tratamiento del *hábeas corpus*<sup>34</sup> en el nuevo Código Procesal Constitucional. Entonces, el añejo proceso constitucional de amparo (para no citar el de *hábeas data* y la híbrida Acción de Cumplimiento), tal como fue regulado en el Perú, es el recurso efectivo, sencillo y rápido.

---

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 el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con 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. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios....”. Ambas citas en “La dimensión internacional de los derechos humanos”. Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno por RODRÍGUEZ PINZÓN, DIEGO y otros, Ed. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 1999, págs. 118-121.

33 No incluimos al *hábeas corpus* porque la residualidad propuesta por el Código Procesal Constitucional no lo afecta.

34 “El *hábeas corpus* es básicamente un proceso en resguardo de la libertad personal. Durante mucho tiempo hubo una cierta confusión entre uno y otro, pero hoy se entiende que lo importante en realidad es el derecho a la libertad individual, pero que ésta no puede ser cumplida cabalmente en el moderno Estado de derecho si no se cuenta con un proceso sumarísimo que lo garantice. Así lo entiende el artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y como uno no se puede dar plenamente sin el otro, existe hoy un reconocimiento no sólo del derecho, sino al instrumento que lo protege y hace posible. Se trata, pues, de dos derechos, uno de ellos sustantivo y otro instrumental, pero no por ello menos valioso. Uno afirma el derecho, el otro autoriza a reclamarlo en la vía correspondiente”. Proyecto de Ley 09371, en: *Código Procesal Constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2004, págs. 139-140.

Y afirmo en tiempo pasado porque consideramos que la residualidad impuesta por el Código Procesal Constitucional, si bien puede convertir al proceso constitucional en extraordinario y hasta “heroico”, por lo restringido de su acceso, también puede o lo convierte en un proceso constitucional no sencillo, no rápido y, consecuentemente, ineficaz. Seguidamente, internándonos en el derecho procesal, diremos porqué.

#### LA REGULACIÓN DE LAS CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

El Código Procesal Constitucional, Ley 28237, establece entre sus causales de improcedencia:

“Artículo 5°.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

- 1) Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
- 2) Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trata del proceso de *hábeas corpus*.
- 3) El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
- 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de *hábeas corpus*.

(...)

Artículo 47°.- Improcedencia liminar

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”.

El tema de la residualidad se regula, a tenor de lo dicho por los autores, del Código Procesal Constitucional, específicamente en el inciso 2 del artículo 5°. Sin embargo, no resulta clara la razón de mantener los incisos 3 y 4, salvo que se consideren normas para procesos en trámite (inciso 3) y se considere que las vías procedimentales referidas en el inciso 2 no incluyen a los procedimientos administrativos (inciso 4).

Si se mantiene el inciso 3 para procesos en trámite, hubiera sido pertinente su colocación como norma transitoria. Eso hubiera asegurado y afirmado la opción legislativa contenida en el inciso 2. Si se mantuvo el inciso 4, la más importante interpretación que fortalecería el inciso 2, al momento de su interpretación y aplicación, sería considerar que este último no incluye el supuesto de las vías procedimentales o actuaciones procesales en sede administrativa. Entonces, si se quiere llegar a la residualidad absoluta de los procesos constitucionales (menos el *habeas corpus*), al estilo argentino, ello exigirá una lectura conjunta tanto del inciso 2 y 4. Ello obliga a desarrollar con más amplitud la coexistencia de las causales de improcedencia descritas y establecidas en el Código como situaciones permanentes, porque consideramos pueden perturbar una debida interpretación de los alcances del inciso 2.

#### LA RESIDUALIDAD EN ARGENTINA. LECTURAS DESDE EL PERÚ

Hemos dicho que el principio de la residualidad del amparo en Argentina presenta diferencias respecto del tratamiento que hace el Código Procesal Constitucional peruano. En efecto, dice la ley de amparo argentina en su artículo e inciso pertinente:

“Art. 2° (CASOS DE INADMISIBILIDAD. LEY 16.986)

La acción de amparo no será admisible cuando:

- a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la orientación del derecho o garantía constitucional de que se trate.

Eso llevó a considerar que



“Conforme el esquema de la Ley 16.986, la acción de amparo resulta (en Argentina, no así en otros países) un instituto excepcional, residual o heroico, como lo llama la doctrina; reservado (dice la Corte Suprema en su actual composición) “para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, pelagra la salvaguardia de derechos fundamentales”<sup>35</sup>.

Y la residualidad es clara y amplia porque incluyen procedimientos administrativos y judiciales, algo que, como hemos referido líneas arriba, no está completamente abordado por el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional peruano. Aquí la ley argentina pretende ser excluyente de todo

“Únicamente es admisible el amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente el problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo”<sup>36</sup>.

Esta opción residual fue propuesta académicamente para el Perú a inicios de los noventa por SAMUEL ABAD. Este autor considera que ella hacía extraordinario al amparo. También afirmaba que mantener la interpretación hecha hasta entonces por el extinto Tribunal de Garantías Constitucionales (repetida por el actual Tribunal Constitucional) sobre la regla de alternatividad entre el proceso constitucional y el ordinario, exponía al sistema jurídico procesal a un “trastocamiento” porque haría, de hecho, inútiles los procesos ordinarios por falta de uso<sup>37</sup>. Por otro lado, recientemente, los autores reales del Código señalan que la alternatividad si bien era bienintencionado y

“loable y se basaba en la experiencia, su aplicación trajo inconvenientes y nuevos problemas. De un lado (*sic*), porque cada proceso tiene una naturaleza y una racionalidad propia, que los hace idóneos o no para la tutela de un derecho, aspecto que no puede quedar librado a la mera voluntad del demandante. De otro lado (*sic*), porque la norma facilitó la indebida utilización

---

35 SAGUES, NÉSTOR PEDRO, *Acción de amparo*, ASTREA, Buenos Aires, 1988, págs.165-166.

36 SAGUES, *ibíd.* pág. 166.

37 ABAD, YUPANQUI, *op. cit.*, págs. 142-143.

del amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso de tutela de urgencia, para la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente constitucional. Hubo, sin lugar a dudas, un exceso de amparos que abarrotaron los estrados judiciales...<sup>38</sup>.

La exposición de motivos de la ley se refiere escuetamente al fundamento de la residualidad establecida por el Código

“siendo conscientes de que los procesos constitucionales suelen ser usados, de manera deliberada, para resolver conflictos que no son necesariamente de contenido constitucional, con el sólo propósito de aprovechar precisamente su urgencia (celeridad), se ha puesto muy especial celo en construir un sistema que permita al juez discernir aquellos casos en los que el agravio constitucional es sólo la construcción jurídica realizada por el demandante para “amparizar” la solución judicial de su conflicto. En tal sentido, se regula con extremo cuidado las distintas hipótesis de improcedencia de la demanda, esto es, de rechazo liminar de ésta (artículos 5 y 47)”<sup>39</sup>.

De lo leído, podemos decir que los argumentos centrales a favor de la residualidad es la contribución directa a su excepcionalidad y, para el caso peruano, será un factor determinante para la “desamparización” de la justicia y harán útiles los procesos ordinarios.

#### BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA ALTERNATIVIDAD

Los argumentos precedentes, insistimos, se reducen a considerar valioso en sí mismo el proceso constitucional y, por ende, consideran que hacer dificultoso su acceso lo convierte en extraordinario conforme la gran mayoría de autores amparistas. Sin embargo, al ponderar la

---

38 GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO, *et al.* “Estudio introductorio”, en: *Código Procesal Constitucional*, Ed. Palestra. Lima, 2004, pág. 68.

39 Exposición de motivos de Proyecto de Ley 09371, en: *Código Procesal Constitucional...*, *ibíd.* pág. 112.

residualidad se olvidaron que la alternatividad se estableció en medio de importantes reflexiones jurídico-políticas que podemos resumir en lo siguiente: cómo asegurar el acceso al mecanismo procesal protector de los derechos fundamentales o constitucionales. Estas reflexiones recordada en el estudio introductorio ya citado. Así

“La intención de los autores del proyecto que dio lugar a dicha ley (la 23506), era facilitar la procedencia del amparo y del *habeas corpus*, evitando que estas acciones fueran declaradas improcedentes por el órgano judicial, como sucedió muchas veces en el pasado, arguyendo (sin verdadero fundamento jurídico o por sometimiento al poder político de turno) que existían “otras vías” judiciales disponibles y más apropiadas”<sup>40</sup>.

Si consideramos el contexto de la Ley 23506 (posdictadura militar), así como la frase “*en el pasado*”, puesta por la frase precedente, se sugeriría que las vulneraciones de derechos fundamentales o humanos sólo aparecen en contextos autocráticos y son ajenas a las democracias, lectura que no consideramos absolutamente válida. Si fuera así, los instrumentos internacionales claramente expondrían este contexto como circunstancia de su vigencia y no existirían procesos iniciados contra Estados Democráticos por sus acciones tanto ante la Comisión como ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es por eso que consideramos que la motivación de entonces, de hacer más accesible el amparo por la calidad del objeto que protege y ser más tutelar, debe ser la misma ahora. Consideramos, modestamente, que la alternatividad fue, en su época, consciente o inconsciente, un avance en la protección de los derechos humanos y una materialización de lo ordenado por los instrumentos internacionales respecto del mecanismo procesal efectivo, sencillo y rápido que imponen como obligación internacional. Sobre lo que implican estas características reflexionaremos más adelante.

---

40 GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO *et al.*, *Estudio introductorio... op. cit.*, pág. 68.

## LAS EXCEPCIONES A LA RESIDUALIDAD. NOTAS Y PREOCUPACIONES

Pero la residualidad no adolece de detractores. La primera oposición se da en la misma doctrina que la apoya cuando evalúan las excepciones a la residualidad. SAGUES cuando nos habla de ellas se refiere al amparo (nos limitaremos a este proceso aunque formalmente la residualidad es oponible a otros procesos constitucionales):

“a) si no hay remedios o recursos (...); b) si los recursos o remedios no permiten obtener la protección del derecho constitucional;”<sup>41</sup>.

Trasladando la excepción del inciso a) al supuesto del Código, deberíamos señalar que procederá el amparo “*si no hay procesos judiciales*”. Este supuesto, al igual que en Argentina, es casi inexistente. Recordemos que en todos los procesos contenciosos no especiales regulados por el Código Procesal Civil peruano, aplicable supletoriamente al proceso constitucional de amparo, siempre existe una fórmula abierta para establecer la competencia a las pretensiones

“que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el juez considere atendible su empleo”<sup>42</sup>.

Es lo mismo decir: cualquier cosa. Y la complejidad del caso (calificación absolutamente discrecional del juez) sólo determinará una variación en la cantidad de etapas procesales independientes. A esto hay que añadirle las fórmulas amplias que la Ley del Proceso Contencioso Administrativo establece respecto de las pretensiones procesables por esta vía, que ha llevado a algunos autores a señalarla

---

41 SAGUES, *op. cit.*, pág. 168. También es de revisar la revisión peruana del mismo tema hecha por ABAD, *op. cit.*, págs. 129-130.

42 Art. 425° incisos 1 y 3; art. 486° inciso 8; art. 546° inciso 6 del Código Procesal Civil.

como la vía paralela por excelencia del amparo<sup>43</sup>. La fórmula del Código Procesal Civil y las pretensiones recogidas en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, confirman que esta excepción es casi inexistente.

Si trasladamos el inciso b) argentino al Código, sería “*si las vías procedimentales específicas, no son igualmente satisfactorias*”. En consecuencia, para calificarla de igualmente satisfactoria, deberemos ponderar:

a. La eficacia del proceso alternativo ordinario respecto de la protección del derecho fundamental. Si no es eficaz, no será alternativo al amparo.

b. La identidad de las pretensiones, de tal manera que

“para que una vía pueda ser calificada como paralela debe perseguir el mismo fin que el amparo, con invocación de los mismos hechos y de las mismas partes”<sup>44</sup>.

Vinculada al anterior, la identidad en legitimidades e intereses sería una condición; sin embargo, en determinados supuestos es importante reflexionar el objeto del proceso constitucional, de naturaleza pública, *versus* la naturaleza dispositiva del proceso civil ordinario para determinar si ello es posible;

c. La complejidad del proceso considerando su tramitación, plazos, legitimidades, etc.<sup>45</sup>. Un proceso lato no es lo que se busca como característica del proceso alternativo al amparo pues

---

43 ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, ELOY, “El nuevo proceso contencioso administrativo peruano”, en: *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Ed. ARA. Lima. 2003, págs. 253 y sigs. Para una revisión específica de las pretensiones de este proceso contencioso administrativo, revisar PRIORI, GIOVANNI. Comentarios a la Ley de Proceso Contencioso Administrativo. Ed. ARA. Lima, 2002, págs.108 y sigs.

44 ABAD, *op. cit.*, pág. 144.

45 Un apunte importante (sin mencionar el tema de las legitimidades procesales) es el hecho por ELOY ESPINOZA sobre la duración del proceso contencioso administrativo

“...Si lo que se propone para restitución de un derecho constitucional trasgredido es la conclusión de un proceso ordinario, que la práctica establece que toma entre 4 y 5 años, naturalmente que no se puede hablar de vía paralela posible ni exigible. Aquí existiendo ambas, el demandante puede escoger juzgando él, antes que ninguno si la urgencia con que cree debe de restablecerse su derecho, amerita ir por la vía de amparo...”<sup>46</sup>.

Estas conclusiones han merecido reflexión y preocupación por la doctrina y los mismos actores del proceso legislativo que culminó en la ley del Código. En efecto, dice una de las comisiones opinantes:

“...En el artículo 5° del proyecto, en opinión de esta Comisión, debe suprimirse el inciso 2 por cuanto la causal de improcedencia que prevé dicho inciso, puede llevar a una práctica restrictiva de las acciones de garantía, toda vez que por lo general, respecto de los actos vulneratorios de los derechos constitucionales siempre se encontrará cobertura en alguna vía procedimental ordinaria; empero, aun así existirá la necesidad de recurrir a los procesos constitucionales. En todo caso, debe tenerse presente que el aspecto limitante será la necesidad o no de etapa probatoria respecto del caso concreto. Así, en la legislación actual se establece como causal de improcedencia sólo “cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria (artículo 6 inc. 3 de la Ley 23506), que también es contemplado en el proyecto materia de análisis, en el inciso 3 del artículo 5°, lo que sería suficiente...”<sup>47</sup>.

No obstante la claridad de la preocupación planteada en el documento y la trascendencia del inciso respecto del destino del amparo y los otros procesos constitucionales, esto no fue materia de

---

al comentarlo como vía paralela al amparo. Dice “se tiene la ventaja de que *muchos* de estos procesos pueden seguirse bajo los parámetros del proceso sumarísimo de conocimiento recogido en el ya mencionado Código Procesal Civil” (bastardilla nuestra). ESPINOZA-BARRERA, *op. cit.*, pág. 260. Esto quiere decir que existirán algunos se tramitarán por el abreviado, vía procedimental que incorpora una etapa procesal más, lo que podría convertirse en una dilación innecesaria si el derecho es claro, cierto y líquido.

46 BOREA, ALBERTO, *La evolución de las garantías constitucionales*, Ed. Fe de Erratas, Lima, 2000, pág. 102.

47 Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, en: *Código Procesal Constitucional*, Ed. Palestra, *op. cit.*, págs. 250 y 251.

pronunciamiento alguno por ninguno de los congresistas que participaron del debate. Simplemente se obvió el tema a pesar de su importancia. Y es que la residualidad impone algunos temas que deben merecer preocupación. Ya lo dicen diversos autores como SAGUES, el propio ABAD y BOREA advierten que la residualidad puede provocar indefensión. Dicen los referidos autores:

“De ahí que el empleo de esta especialísima acción requiera una madurez particular en jueces y letrados: se desnaturaliza tanto el amparo utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándolo siempre arguyendo que hay vías judiciales o administrativas para el caso litigioso.....”<sup>48</sup>.

“El examen requerido para determinar si en el caso concreto existe una vía judicial idónea que torne improcedente el amparo, exige una madurez particular en nuestra judicatura para no desnaturalizarlo rechazándolo siempre alegando que existen vías judiciales alternativas. Como quiera que nuestros tribunales acogen con frecuencia las opciones interpretativas más restrictivas priorizando las formas procesales sobre el fondo, a través de la exigencia del principio de raigambre argentina podría llegarse a ahogar la función protectora del amparo”<sup>49</sup>.

“.. Este fue el criterio del legislador. Si se utilizara una fórmula cerrada, como la propuesta por el distinguido autor citado (refiriéndose a Abad), podría darse lugar a una mayor rigidez en la interpretación que dejaría aún más inermes a los ciudadanos peruanos. La tendencia de la Corte a no ser muy abierta a las innovaciones, que el propio autor reconoce en su trabajo, podría agravar más el problema. Con la legislación tal como está sería suficiente para evitar, con un buen trabajo interpretativo por parte de los jueces, el abuso que de la institución hacen algunos abogados, y a la vez, para impedir que una interpretación restrictiva perjudique los derechos de las personas...” (añadido nuestro)<sup>50</sup>.

Entonces, no queda duda que, para afrontar exitosamente la residualidad, es una exigencia contar con una judicatura de importante

---

48 SAGUES, *op. cit.* pág. 166.

49 ABAD, *op. cit.*, pág. 145.

50 BOREA ODRIA, ALBERTO, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Libros Peruanos S.A., Perú, 1992, págs. 82 y 83 tb. *Evolución de las garantías constitucionales*.

maduración y desarrollo académico en materia constitucional<sup>51</sup>. Pero ¿esto es una realidad? Lamentablemente no. Hemos comentado que uno de los problemas centrales de la justicia constitucional es la coexistencia de roles en el juez ordinario<sup>52</sup> y su falta de capacitación. Y esto ha sido corroborado en el Informe Final de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (en adelante CERIAJUS), instalado en el régimen democrático y de importante conformación considerando sus prestigiados miembros. En documento electromagnético distribuido públicamente<sup>53</sup>, en el ítem destinado a la modernización del despacho jurisdiccional, concluyen como problema, luego de una larga y minuciosa evaluación:

“p. 34 La ausencia de especialización del juez civil en temas de derecho comercial y de derecho constitucional recargan su labor en la medida que necesita mayor tiempo para investigar, analizar y emitir la respectiva sentencia”.

Esto evidencia una lamentable realidad: la existencia de límites de calidad en la administración de justicia constitucional. Seguidamente CERIAJUS establece como propuesta en el punto 37 del mismo documento:

“Crear e implementar los juzgados y salas de derecho constitucional”.

Entonces, el problema no pasa por entender que necesariamente el problema del amparo era sólo un tema de demandantes ni que la “amparización” es la causa inmediata de la crisis del amparo y, con ello, convertirse en justificante del cambio de la alternatividad a la residualidad. Consideramos que no es relevante desde el enfoque del

---

51 Igual opinión tiene ELOY ESPINOZA-SALDAÑA. *Código Procesal Constitucional. Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*, Ed. Palestra. Serie Derechos y Garantías, n° 13, págs. 148-149.

52 CAMPOS, JOSEPH, *op. cit.*

53 Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. CERIAJUS, 2004.



propósito garantista y tutelar de los derechos humanos y fundamentales que ostenta el proceso constitucional. Se pudo haber garantizado la extraordinariedad del acceso mediante el camino jurisprudencial y en ello incluimos una interpretación verdaderamente creadora de los órganos jurisdiccionales y la realización, por lo menos en lo que respecta a la justicia constitucional, de las recomendaciones del CERIAJUS. Es así que la solución pasa por establecer una reforma integral de la justicia constitucional que, mínimamente, considere una magistratura efectivamente especializada (sobre todo en primeras instancias) y con carga procesal igual<sup>54</sup>. Será esta magistratura la que estará en capacidad de hacer extraordinario el amparo mediante la definición de temas como la protección del derecho “cierto y líquido” fundamental<sup>55</sup>, de fortalecer la idea de que no se tratan pretensiones de mayor probanza en los procesos constitucionales y de definición de contenidos esenciales del derecho fundamental o humano. Si eso se define debidamente por la magistratura especializada, en particular por el Tribunal Constitucional, con el establecimiento del precedente obligatorio, el amparo será de una exclusividad cualitativa y verdaderamente extraordinario. Esto nos lleva a insistir que los problemas del amparo no se resolverán necesaria o exclusivamente con el establecimiento de la residualidad, si consideramos que los operadores del derecho y administradores de justicia constitucional se mantienen.

---

54 Ciertamente esto no significa el remedo que se hizo durante la dictadura fujimontesinista, porque esa experiencia determinó que la Corte Interamericana no cumpliera con las mínimas exigencias o estándares de justicia democrática y sirvió para condenar al Perú por violación del derecho a la protección judicial. Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de Fondo. 06 de febrero de 2001, párrafos del 139 y sigs.

55 EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO, “Las distorsiones en la utilización del amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso”, en: *Estudios constitucionales*, ARA editores, Perú, 2002, págs. 218-219.

EL ESTABLECIMIENTO DE LA RESIDUALIDAD DESPUÉS DE LA ALTERNATIVIDAD. UNA REFLEXIÓN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Siendo el amparo el recurso efectivo, sencillo y rápido que los instrumentos internacionales exigen a sus Estados Partes, es fundamental entender que la alternatividad era un desarrollo adicional del ejercicio del derecho al acceso a la tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito de los derechos fundamentales y a la protección judicial. Dicho de otra manera, no existe discusión sobre la facilidad del acceso al proceso constitucional con el amparo, cuando las causales de improcedencia se regulan bajo el principio de la alternatividad. Si ello es así, la residualidad que impone el Código Procesal Constitucional, al reducir las condiciones de acceso a la justicia constitucional, constituiría una limitación. ¿Esta limitación es admisible a la luz de la normatividad supranacional? Es muy difícil la respuesta. Explicamos porqué.

Comencemos diciendo que la residualidad existente o no al momento de la vigencia de los instrumentos protectores de los derechos fundamentales, en sí, no vulnera ningún artículo de los instrumentos internacionales reseñados. El tema pasa por determinar si ello ocurre cuando teniendo un ejercicio más pleno del derecho fundamental lo puedes restringir. Se dirá que los derechos no son libérrimos y son susceptibles de ser regulados. Sin embargo, queda claro que esto sería admitir la posibilidad de que sea una opción del legislador regular en un sentido u otro uno de los temas centrales de los derechos fundamentales: sus mecanismos de protección, institución y derecho que merece una especial atención inclusive por los propios instrumentos internacionales, aún en estados de excepción. Dice el párrafo 2 del artículo 27° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 27°.- Suspensión de garantías

“2. La disposición precedente (referida a la suspensión de garantías en caso de guerras, de peligro público o de otra emergencia) no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos. 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho

a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), *ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (agregado nuestro y resaltado)*”.

Esto nos sugiere que la residualidad si bien no es suspensión, sí constituye una limitación posterior y, consecuentemente, una restricción. Y esto, como hemos señalado, está proscrito por los instrumentos internacionales. Tal es el caso de lo dispuesto en los citados PIDC y P (artículo 5º), CADH (artículo 29º) y su Protocolo adicional de San Salvador (artículos 4º y 5º). Ahí se expresa claramente que no se admiten restricciones a los derechos ahí reconocidos, donde contamos al proceso tutelar de los derechos fundamentales efectivo, rápido y sencillo, salvo una excepción prevista expresamente en la CADH y su protocolo facultativo: la justificación de interés general. Creemos que el Código Procesal Constitucional, su exposición de motivos y los documentos que se han producido durante el proceso legislativo, han sido muy escuetos respecto de las razones del cambio de la alternatividad por la residualidad, por lo que no se ha presentado claramente la referida justificación. Consecuentemente, podría considerarse que es una modificación legislativa susceptible de ser calificada discutible a la luz de los instrumentos internacionales. No sólo es escueto por una cuestión de dimensión sino de calidad porque, conforme hemos señalado, el mayor argumento es que se estableció la residualidad para remediar la “amparización”. No se advierte más.

#### A MANERA DE RESUMEN Y APORTES

Hemos señalado que el cambio de la alternatividad a la residualidad es un trascendental cambio en el sistema de administración de justicia constitucional que merece una reflexión no sólo desde el derecho procesal constitucional o derecho constitucional procesal, sino desde el derecho internacional de los derechos humanos. Desde el derecho procesal

constitucional, es menester tener presente que los procesos constitucionales no serán extraordinarios porque su acceso sea más dificultoso sino porque tiene como objeto de protección uno de los pilares del sistema democrático y constitucional de derecho: los derechos fundamentales o humanos. Tales derechos en la evolución del derecho internacional, tienen específicos instrumentos internacionales de protección cuya vigencia se ha convertido en norma *jus cogens*, cuya legitimidad y reconocimiento trascienden fronteras. El Perú tiene vigente diversos tratados internacionales de derechos humanos donde se reconoce el derecho humano a que todos los derechos sean protegidos a través de un proceso efectivo, sencillo y rápido. Ciertamente, este proceso, en el caso peruano por lo menos, son los procesos constitucionales previstos para la defensa de los derechos fundamentales o humanos, en el caso del Perú, el *hábeas corpus*, amparo y *hábeas data*. Asimismo, los mismos instrumentos internacionales presentan mecanismos normativos de protección de los derechos contra regulaciones que supongan limitaciones o restricciones a los mismos, gravámenes proscritos. Sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su protocolo facultativo permiten una excepción siempre que medie interés general.

La residualidad que aporta el nuevo Código Procesal Constitucional no es similar al modelo argentino. En nuestro caso, la residualidad es resultado de una conjunción dos causales de improcedencia reguladas independientemente. También hemos hecho referencia a que la residualidad no sólo tiene adherencias sino también detractores. Si bien contribuye a un extraordinario acceso y puede de hecho “desamparizar” el sistema procesal, se priva de un mecanismo que formalmente y en situaciones normales y óptimas se presenta eficaz, sencillo y rápido. Existen diagnósticos serios que inciden en que los problemas de la “amparización” del sistema procesal no pasa necesariamente por la existencia de la alternatividad como regla de procedencia sino que está vinculado a manejos de despacho jurisdiccional, exceso de carga procesal, falta de capacitación específica de magistrados y la ausencia de jurisdicción especializada; en consecuencia, la residualidad no presenta una justificación en la realidad. A esto se añade el incipiente desarrollo del derecho procesal constitucional en el país y la ausencia de un mayor desarrollo de contenidos e instituciones directamente vinculadas

al proceso constitucional de amparo que le darían de una positiva exclusividad. Respecto de las excepciones a la residualidad, las mismas requieren de un desarrollo de condiciones y trabajo jurisprudencial para que ellas efectivamente existan y no se consagre, de hecho, la absoluta inaccesibilidad al amparo en situaciones de urgencia. En ese sentido, podrían configurarse situaciones de indefensión que lo convertirán en un proceso inútil atendiendo su propósito tutelar. La aplicación inmediata de la ley, evaluada sólo desde el tema de la residualidad (porque existen otros temas que el Código Procesal Constitucional aporta y sí constituyen indiscutible evolución), no levantará problemas de hecho como la excesiva carga procesal o resoluciones que abordan minimalistamente los derechos o cuya dilación vulneran otros derechos. Eso seguirá igual y confirmaría que el problema de la “amparización” era otro. Por último, hemos señalado que la alternatividad contribuye a hacer más pleno el ejercicio del derecho fundamental de protección judicial y el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito de los derechos fundamentales, derechos que forman parte del exclusivo grupo de intangibles aún en situaciones de estado de excepción. Sin embargo, si la opción por la residualidad se consolidara, deberá comenzarse haciendo el desarrollo de un argumento particular para justificar (por ser particular el tratamiento peruano de la residualidad) su establecimiento, en sede legislativa, política o jurisdiccional, porque así lo imponen los tratados internacionales de derechos humanos.

A manera de aporte, desde esta modesta y polémica posición que esbozamos, proponemos la evaluación, como primera alternativa, del retorno a la alternatividad mediante modificación legislativa y promoviendo la implementación de las reformas que CERIAJUS propone, referidos básicamente a la instalación de juzgados especializados en materia constitucional y capacitación de magistrados en dicha materia. De no ser el caso y consolidarse la residualidad, establecer legislativamente sus excepciones en tanto duren las reformas al sistema de justicia esbozadas y se consoliden jurisprudencias, desde el Tribunal Constitucional, esclarecedora y definidoras de instituciones del amparo y de los derechos fundamentales (contenidos esenciales, etc.). Las incorporaciones podrían ser:

1. Definición de la necesidad de la identidad de pretensiones y partes en los procesos a considerarse igualmente satisfactorios;
2. Considerar que de encontrarse frente a una pretensión que contiene derecho cierto y líquido, será, de no encontrarse regulación procedimental específica, el proceso sumarísimo la vía procedimental igualmente satisfactoria.
3. Bajo las premisas anteriores, definir que el agotamiento de la vía previa prevista (inciso 4 del artículo 5º) no releva la obligación de observar la residualidad.
4. Establecer la excesiva mora o dilación indebida de un proceso como habilitador del amparo.
5. Resolver jurisprudencialmente el tema de la justificación de la residualidad.

Esta es una modesta y respetuosa opinión, que espera ser mejorada o discutida o por lo menos provocar un espacio de discusión.

Lima, octubre de 2004