



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

Regulación constitucional de la amenaza como medio de afectación  
de los derechos constitucionales

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

Abogado

**AUTOR:**

Montero Vilchez, Edwain Wuillian

**ASESOR:**

Dr. Calle Vega, Braulio

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho Constitucional

**PIURA-PERÚ**

**2013**

## Página del jurado

## DEDICATORIA

A mi familia por apoyarme en todos los momentos más difíciles que hay en la vida, darme el ánimo para seguir adelante y ayudarme a crecer como persona.

A ti Mamá María y padre Víctor Manuel Montero Bautista. Apoyaron mis sueños, dándome la fortaleza para afrontar las adversidades. Y eso nunca lo olvidare.

## AGRADECIMIENTO

A la Universidad César Vallejo, a los docentes universitarios y a todos aquellos que despejaron mis dudas, brindaron buenas enseñanzas y dirección en esta tesis.

A la Dra. Angella Pingo More y al Dr. Braulio Calle Vega, por darme la oportunidad de llevar en este ciclo desarrollo de tesis, ayudándome a despejar mis dudas y brindando, la asesoría más acertada para la solución a mi problema de investigación.

A mis seres queridos, a mis grandes amigos, y a todos aquellos, que despejaron mis dudas, brindaron buenas enseñanzas y dirección en esta tesis.

## DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo Edwain Wuillian Montero Vilchez con DNI N° 44554209, a efectos de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente tesis son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponde ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de la información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Piura, diciembre del 2013



-----  
Edwain Wuillian Montero Vilchez

## PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado, presento ante ustedes la Tesis titulada "La regulación constitucional de la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales", con la finalidad de determinar si es necesaria la implementación de normativa dentro del Código Procesal Constitucional relativo a la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales, en cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo para obtener el Título Profesional de Derecho.

Esperando cumplir con los requisitos de aprobación.

El Autor

## ÍNDICE

Carátula	
Página del Jurado	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Declaratoria de Autenticidad	iv
Presentación	v
Índice	vi
Resumen	vii
Abstract	viii
I.- Introducción	1
II.- Problema de Investigación	
2.1 Aproximación Temática	16
2.1.1 Estado Democrático y Constitucional de derecho	16
2.1.1.1 Origen	16
2.1.1.2 Noción Jurídica	17
2.1.2 Derechos Constitucionales	20
2.1.2.1 Origen	20
2.1.2.2 Noción Jurídica	23
2.1.2.3 Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales	27
2.1.2.4 Recurso de Agravio Constitucional	34
2.1.3 Procesos Constitucionales	35
2.1.3.1 Origen	35
2.1.3.2 Noción Jurídica	36
2.1.3.3 Tipos	38
2.1.4 Proceso Constitucional de Acción de Amparo	41
2.1.4.1 Origen	41
2.1.4.2 Noción Jurídica	43
2.1.4.3 Requisitos	45
2.1.4.4 Agotamiento de las Vías Previas	47
2.1.5 Proceso Constitucional de Hábeas Corpus	49
2.1.5.1 Origen	49
2.1.5.1 Noción Jurídica	52
2.1.5.3 Requisitos	55

2.1.5.4 Procedencia	56
2.1.6 La Amenaza como afectación de los Derechos Constitucionales	57
2.1.6.1 Presupuestos indispensables de la amenaza	59
2.1.6.2 Cesación o Irreparabilidad de la amenaza	61
2.2 Formulación del problema de investigación	62
2.3 Justificación	62
2.4 Relevancia	66
2.5 Contribución	67
2.6 Objetivos	68
2.6.1 Objetivo General	68
2.6.2 Objetivos Específicos	68
2.7 Hipótesis	69
III.- Marco Metodológico	
3.1 Unidades Temáticas	69
3.1.1 Definición Conceptual	71
3.1.2 Categorización	72
3.2 Metodología	77
3.2.1 Tipo de estudio	77
3.2.2 Diseño	77
3.3 Escenario de estudio	78
3.4 Caracterización de sujetos	79
3.5 Procedimientos metodológicos de investigación	80
3.6 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	81
3.7 Mapeamiento	82
3.8 Tratamiento de la información	83
IV.- Resultados	85
4.1 Descripción de resultados	85
4.1.1 Fundamentación de objetivos	85
4.1.2 Fundamentación de la formulación del problema	103
4.2 Teorización de la unidades temáticas	106
V.- Discusión	100
VI.- Conclusiones	116
VII.- Recomendaciones	117
VIII.- Referencias Bibliográficas	118
Anexos	



## RESUMEN

En la presente investigación sobre la Regulación Constitucional de la amenaza como medio de afectación de los Derechos Constitucionales, por lo que si bien es cierto que el Proceso Constitucional de Amparo se encuentra regulado en Nuestra Constitución Política, como norma sustantiva, y en el Código Procesal Constitucional como norma adjetiva, la amenaza como medio de afectación de los derechos fundamentales carece de objeto de protección por parte de afectado que se encuentra en un grado de indefensión frente a la sociedad, ya que la amenaza debe ser pasible de discutirse a través de un verdadero proceso constitucional, al ser la amenaza una verdadera agresión a los derechos fundamentales debe estar regulada bajo las reglas de la afectación efectiva, por lo que se debe aplicar los requisitos procesales del plazo de prescripción y el agotamiento de la vías previas.

Palabras claves: amenaza, proceso constitucional, derechos constitucionales, derechos fundamentales, afectado.

## **ABSTRACT**

in this research on the constitutional regulation of the threat as a means of involvement of constitutional rights, so while it is true that the constitutional process of Amparo is regulated in our political Constitution, as a substantive rule, and the constitutional procedural code as a standard adjective, the threat as means of involvement of the fundamental rights protected by affected which is in a degree of helplessness front lacks society, since the threat must be liable to discuss through a genuine constitutional process, to be the threat a real assault on fundamental rights must be regulated under the rules of effective involvement, so must apply the procedural requirements of the limitation period and the exhaustion of the previous routes.

Keywords: threatens, constitutional process, constitutional rights, fundamental rights, affected.

## I. INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene por objeto de estudio analizar la regulación normativa de la amenaza y en este sentido el Código Procesal Constitucional ha establecido que si bien proceden los procesos constitucionales frente a la amenaza de los derechos fundamentales, ésta debe ser cierta e inminente; de esta manera debemos determinar los mecanismos de cómo los procesos constitucionales puedan evitar la agresión de un derecho constitucional. En esta medida debemos precisar que la Constitución Política al regular la Acción de Hábeas Corpus y la Acción de Amparo en ninguno de sus postulados determina o garantiza, de que la agresión de un derecho constitucional debe traer consigo la interposición de un proceso constitucional, por lo que será necesario precisar cómo podemos encuadrar su regulación en nuestra legislación para evitar que no se vulneren los derechos amparados por el orden jurídico.

Si bien el Tribunal Constitucional manifiesta que la agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de un derecho constitucional. La virtualidad de esta garantía ante estas situaciones es no solo evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, sino en hacer desaparecer la amenaza misma por constituir esta, en cuanto a tal, un impedimento al pleno ejercicio de los derechos constitucionales amenazados. Por lo que en el presente suscitado problema los procesos constitucionales no solo van a buscar remediar violaciones de los derechos ya producidos, así como también prevenir la comisión de tales actos; sino que la finalidad de estos procesos constitucionales es evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva y además hacerla desaparecer, para evitar que se vulneren los derechos constitucionalmente protegidos.

Otros de los problemas suscitados es con respecto a los presupuestos de la amenaza, es que estos no se encuentran legislativamente regulados por la ley fundamental, como es la Constitución Política del Estado ni muchos por el Código Procesal Constitucional, siendo solo a través de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, ha suscitado que la agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de este tipo de derechos, por lo que la amenaza debe ser cierta, la amenaza debe ser inminente y existen amenazas legítimas siendo necesario determinar su regulación en nuestra legislación.

Asimismo, otro de los problemas radica que, si bien el Proceso de Amparo de conformidad con el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, prescribe que "el plazo para interponer la demanda prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda", es decir está sujeto a plazo de prescripción para determinar en qué momento prescribe la interposición de la demanda, en cambio, el Proceso Constitucional de Hábeas Corpus no está sujeta a plazo prescriptorio lo ha dispuesto expresamente el artículo 5 inciso 10 del Código Procesal Constitucional, por no estar regulado en nuestra legislación; así como lo plasma dicho artículo 44 en que para el cómputo del plazo en el inciso 4 del mencionado código prescribe, la amenaza de ejecución de acto lesivo no da inicio al cómputo de plazo. Solo si la afectación se produce se deberá contar el plazo. Por lo que el problema radica que la amenaza no está sujeta a plazo de prescripción.

En el derecho comparado, en el caso del Estado Chileno lo encontramos regulado bajo un análisis del amparo de los derechos fundamentales y como este se concreta, se encuentra regulado en el recurso constitucional de protección en el artículo 20 de la Carta Fundamental Chilena. Es una garantía que puede deducirse para restablecer el derecho afectado o falte una vía o medio procedimental que sea idóneo para ello. Por lo que establece el derecho a un recurso efectivo y a un tribunal imparcial que garantice a toda persona cuyos derechos y libertades fundamentales hayan sido violados. En el Derecho Colombiano encontramos regulado la Tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable afectación al mínimo vital, en el cual, se perjudica a través de la amenaza la afectación de un derecho constitucional en este caso la afectada instauró la Acción Constitucional de Tutela, con la finalidad de obtener la protección de su derecho fundamental de petición, al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social. Esta tutela se encarga de la la protección inmediata de sus derechos constitucionales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

Por lo tanto, devino un interés en determinar que en el Proceso Constitucional de Amparo de conformidad con el artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional prescribe "Que existen vías previas específicas igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de Hábeas Corpus. Ello debido a que dicho proceso a diferencia del Proceso de Amparo no es un proceso de carácter residual y excepcional; también no se ha cumplido con agotar las vías previas, ellos por la naturaleza de los derechos tutelados por dicho proceso. Por

lo que ha diferencia con el Proceso de Amparo surgen ciertos cuestionamientos con respecto a las vías previas porque solo el Amparo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se prefiere dar trámite a la demanda de Amparo, es decir que este proceso está sujeto a la obligación de agotar la vía previa cuando ella sea exigible. Surgiendo una serie de cuestionamientos acerca del agotamiento de las vías previas en el caso de que el proceso constitucional de hábeas corpus no está sujeto a este requisito constitucional.

Sobre este punto, vale acotar lo señalado acertadamente por Castillo Córdova, quién prescribe que la amenaza debe ser real y no hipotética, y que debe ser de tal naturaleza que se desprenda inequívocamente el hecho que de mantenerse la situación de amenaza se convertirá en violación efectiva en un tiempo bastante breve. Asimismo ya el Tribunal Constitucional en la STC exp. N° 00804-1998-AA/TC, de fecha de 3 marzo de 1999, dejó sentado que la agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de este tipo de derechos. En este sentido, la finalidad de los procesos constitucionales es evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, y, además hacerla desaparecer. Sin embargo, también aclara que no todas las amenazas resultan justiciables en los procesos constitucionales, sino tan sólo aquellas que en forma actual, inminente y concreta lesionan alteran o amenazan con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos constitucionales.

El citado colegiado ha precisado en esta sentencia que: *“ El perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser: real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos: efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados: tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa ineludible entendiendo que implicará irremediablemente una violación concreta”*. Sobre la certeza, el Tribunal Constitucional anotado que ello requiere *“Que exista un reconocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones”*, de tal forma que la amenaza *“está fundada en hechos reales y no imaginarios”*. Así *“no puede tratarse de una mera suposición sino por el contrario, la afectación del derecho o bien jurídico tutelado debe ser objetivo y concreto.*

En la sentencia 02309-2007-PA/TC: El Tribunal Constitucional desarrolla la noción de certeza e inminencia que corresponde a toda amenaza, precisando además que este posible perjuicio debe ser real, efectivo, tangible e ineludible, explicando cada una de estas características. Al resolver el colegiado indica que la posibilidad de invocar una

acción contencioso administrativa, no constituye una amenaza, ni una acción ilegal ni arbitraria, sino un proceso en donde se debe respetar el derecho al debido proceso. Los procesos constitucionales tienen por finalidad la tutela de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho en tal sentido, los procesos constitucionales no solo proceden para defender ante la afectación directa de ámbitos constitucionalmente protegidos, sino también por potenciales lesiones de estos; es decir; ante amenazas a los derechos constitucionales.

Al respecto los casos de mera lesión requieren que se acredite la intervención ilegítima en el ámbito protegido de los derechos fundamentales. Si bien no es nada fácil determinar cuál es el contenido protegido de un derecho, o cuando la intervención ha sido irrazonable o desproporcionada, en el caso de amenaza a los derechos el asunto se toma más complicado todavía, pues además de lo mencionado debe analizarse si estamos ante un caso que tipifique como "amenaza". En efecto, no cualquier consideración subjetiva, cualquier peligro eventual o irreal pueden protegerse mediante el amparo. Al respecto el código procesal constitucional señala que "cuando se invoque que la amenaza de violación esta debe ser cierta y de inminente realización". Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que el perjuicio "debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapen de una captación objetiva.

Sobre la certeza, el Tribunal ha anotado que ello requiere que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones", de tal forma que la amenaza "está fundada en hechos reales y no imaginarios". Así no puede tratarse de una mera suposición sino que, por el contrario, la afectación del derecho o bien jurídico tutelado debe ser objetiva y concreta. Respecto a la inminencia este requisito hace alusión a que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato y no en uno remoto, y por ello que se trate de un atentado a la libertad personal que este por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios. Ello significa que se trata de actos que están muy próximos a realizarse, su comisión es casi segura y en un tiempo breve.

Algo adicional sobre la inminencia de la amenaza: esta implica tanto la proximidad en el tiempo de la agresión potencial, como su carácter inexorable, de ineludible realización. En igual sentido indica Luis Castillo con acierto: "Dos elementos, por tanto, son necesarios distinguir y comprobar: uno, la previsión real y objetiva de que se pasara de un estado de peligro a otro de impedimento efectivo del ejercicio o realización de algunas

de las facultades que el derecho fundamental reconoce a su titular; y La previsión real y objetiva de que ese paso o cambio acontecerá en breve plazo, el otro". Se trata en suma de un acto futuro inminente, próximo a realizarse, de manera casi segura y en breve tiempo, en otras palabras que no quepa duda de su ejecución en un plazo inmediato y previsible.

Encontramos como antecedente a la tesis "El principio Discursivo y los Derechos Fundamentales Mecanismo de Construcción de Democracia Constitucional Deliberativa", Gerardo Durango Álvares, 2005, Universidad Carlos III de Madrid, Tesis para Optar al Título de Doctor en Derechos Fundamentales. Aportando a nuestra investigación la delimitación de los derechos fundamentales, en la medida que cuando más arbitraria sea la intervención del legislador por los grupos de poder, en la violación de los derechos fundamentales tantos mayores han de ser los mecanismos de protección de los Tribunales Constitucionales, de un lado u otro la participación activa de los ciudadanos. Así, como también ayudando a resolver los problemas suscitados dentro del ámbito Constitucional. Para el desarrollo de la presente tesis empezaremos primero con definir al Estado Constitucional de derecho, segundo con los derechos constitucionales, tercero derechos fundamentales, cuarto recurso de agravio constitucional, quinto procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo, y por último la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales.

Por lo que dentro de nuestro sistema jurídico en el Capítulo I Título I de la Constitución denominado "Derechos Fundamentales de la Persona comprende los tres primeros artículos de la Constitución. El artículo 1 de la Constitución Política plantea un importante principio hermenéutico que no solo comprende a la Constitución sino también a todo el ordenamiento jurídico, al disponer que la "defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad sean el fin supremo de la sociedad y el Estado". Por lo que en buena cuenta el constituyente peruano ha establecido el fundamento y finalidad última de toda realidad social, política y jurídica; la persona humana. En este sentido el artículo en mención tiene una fundamental manifestación jurídica concreta: los derechos del hombre. El Estado Constitucional de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana, el respeto de su dignidad, la garantía de los derechos fundamentales, la separación y equilibrio entre poderes, ningún poder u órgano del Estado ni nadie tiene poderes o facultades más allá de los que puedan derivarse de la Constitución

Este criterio se traduce en que toda realidad social, política y jurídica tiene por fundamento y finalidad del respeto y promoción efectiva de los derechos constitucionales.

Precisamente por lo que la existencia del Estado y el ejercicio que del poder político se haga, tiene justificación y adquiere legitimidad en la medida que uno y otro van dirigidos a favorecer una más plena y efectiva vigencia de los derechos de la persona. El art.2 de la Constitución Política, contiene una enumeración de un conjunto de derechos del hombre que, por estar ubicados dentro del Capítulo I podrían ser calificados de fundamentales debido a que el mencionado Capítulo Constitucional se denomina "Derechos Fundamentales de la Persona". Entre los conceptos de persona y de derechos humanos existe una relación que no se puede definir el uno sin recurrir del otro.

En la misma línea se pronuncia Angel Russo al señalar que para la teoría de los derechos humanos, el concepto de persona lleva implícito el de sus derechos. Estos no son meras propiedades adicionadas a la persona, sino que constituyen su propia definición de persona que adoptemos, igualmente amplia será la gama de derechos que le reconozcamos. Sin embargo Castillo Córdova argumentó que esta fundamentalidad debe ser predicada igualmente de todos los derechos de la persona reconocidos constitucionalmente, en la medida que para el constituyente peruano todos los derechos tienen una misma importancia, de ahí que les haya deparado una misma protección constitucional. De modo que el hecho que determinados derechos constitucionales se encuentre recogidos en el mencionado Capítulo I no les va a suponer un trato especial y diferenciado (respecto de los demás derechos recogidos en otros capítulos de la Constitución), ni en lo referido a su nivel de vinculación al poder político y a los particulares, ni en lo concerniente a los mecanismos de protección y/o garantía.

Como ha quedado plenamente establecido, la persona humana es el centro gravitante de nuestro ordenamiento jurídico, por tal razón es labor primigenia del Estado Peruano revestir de seguridad y amparo a todos aquellos derechos protegidos y amparados por la Constitución, es decir los derechos fundamentales. La diferenciación entre derechos humanos y derechos fundamentales. Radica en que el primero de ellos, es el que diferencia derechos humanos de derechos fundamentales según se esté aludiendo a la norma internacional o al ordenamiento nacional de un concreto estado. La expresión de derechos humanos sería una expresión que está reservada para significar los derechos del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos. Mientras que la expresión derechos fundamentales, estaría reservada para aludir a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas la Constitución y que gozan de una tutela jurídica reforzada.



Castillo Córdova, señala que los derechos humanos son sólo criterios morales, sin ninguna connotación jurídica y consecuentemente, sin la capacidad de vincular u obligar jurídicamente. Los criterios pueden ser correctos o incorrectos, acertados o desacertados, lo que define es constituir una pauta de decisión, una línea de argumentación para ejecutar algo práctico. La expresión de derechos humanos se utilizará en el ámbito de la liberación previa de toda decisión jurídica para significar aquellos criterios o pautas morales que fundamentan y pretenden legitimar.

A diferencia de Rioja Bermudez, los derechos humanos serán verdaderos derechos incorporados a un concreto ordenamiento jurídico general y principalmente en el documento que haga la Constitución, por ser la norma primera y fundamental del ordenamiento jurídico, mediante un acto de postulación. En este momento los llamados derechos humanos dejan de ser simples criterios morales y pasan a ser verdaderos derechos, invocables y exigibles jurídicamente ante cualquier tribunal. Dichas pautas morales se habrán convertido, entonces, en verdaderos derechos subjetivos. Estos derechos subjetivos se denominaran derechos fundamentales.

Chocano Nuñez, señala que al hablar de derechos constitucionales sitúa un claro debate dentro de un ordenamiento jurídico constitucional. Por cuanto existen casos que la coincidencia no es plena, si se pretende, en el Perú determinar que al hablar derechos fundamentales equivale plenamente lo mismo que hablar de derechos constitucionales, puestos que para unos y para otros, existen los mismos mecanismos de protección constitucionales. Ello ocurre cuando por una decisión del poder constituyente no todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales. Es decir, cuando en el interior de una Constitución, se reconocen a la persona una serie de derechos y solo alguno de ellos, son calificados de "Fundamentales" de manera que se crea una suerte de división de los derechos: los constitucionales fundamentales y los constitucionales no fundamentales o constitucionales a secas.

Así, los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al estado, sino que representan al mismo tiempo un orden valorativo objetivo que en, tanta decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia. Teniendo en consideración los argumentos anteriormente expuestos podemos concluir que toda norma contenida en los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Perú forma parte del derecho interno. Lo cual ha sido recogido en el propio texto fundamental peruano, la Constitución en su artículo 55 y refrendado por el Tribunal

Constitucional; los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado Peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y en consecuencia inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Por lo que de manera general, los derechos fundamentales constituyen la base de todo el ordenamiento jurídico político, de aquellos que la inspiran, la determinan y la fundamentan, es decir son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico estatal, principalmente en su norma fundamental como es la Constitución; siendo fundamentalmente derechos del hombre libre, teniendo como fuente la dignidad y en cuanto buscan el libre desarrollo de la persona. Exigiendo al Estado a través de sus órganos de control cautelar la protección de sus derechos a través de su doble valor por un lado representa valores supremos y por otro permiten al hombre encontrarse y actualizarse, garantizando el status de la libertad.

Siguiendo, esta línea argumentativa y complementando lo previsto en el artículo Constitucional arriba citado, ha establecido que la interpretación de los derechos fundamentales se debe realizar en armonía a concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Por lo que, los derechos constitucionales surgieron en el mundo antiguo en Grecia, particularmente en Atenas y Esparta surgen los primeros antecedentes del constitucionalismo moderno, como consecuencia de la distinción entre leyes fundamentales o Constitución y leyes ordinarias. La supremacía de las leyes fundamentales por encima de las leyes ordinarias contribuyó a crear en los griegos la noción de orden jurídico y la supremacía de la ley. Sin embargo ni en Grecia, ni en Roma ni posteriormente en la Edad Media se había producido una clara diferenciación entre derecho público y derecho privado, ni mucho menos una autonomía del derecho constitucional.

El derecho constitucional moderno nació, para García Pelayo, con la teoría clásica de la ley fundamental, así como la aparición de varios tratados sobre constituciones estatales publicados en Francia, Alemania, Italia, Inglaterra y Holanda particularmente. Pero como hecho histórico que dio origen al moderno estudio del derecho constitucional debe señalarse la Constitución Inglesa del siglo XVIII. De ella partió el Barón de Montesquieu para exponer sus tesis sobre el funcionamiento de la constitución tendente a buscar principios de validez general.

El origen de la enseñanza del derecho constitucional como disciplina autónoma se halla en la iniciativa adoptadas para el estudio y divulgación de aquél tipo de configuración

político institucional del estado conocido como gobierno constitucional progresivamente adoptado, primero en Inglaterra, en el curso del siglo XVII, después en Francia tras la revolución de 1789, y más tarde en otros países europeos y extra europeos.

Lo que se puede llamarse derecho constitucional clásico comenzó con la Era Moderna, podemos observar que el derecho constitucional moderno proviene de los Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia este derecho tiene evolución propia y marcada. Las primeras cátedras universitarias que han sido dedicadas a esta disciplina se instituyeron en Italia, primero durante el fugaz periodo Jacobino (la más antigua sería la creada en Ferrara, por decreto de 31 de marzo de 1997) y después a raíz de la proclamación del estatuto Albertino. Mientras tanto se había creado ya la primera cátedra francesa de la disciplina, instituida en París el 22 de abril de 1834 y confiada a Pellegrino Rossi, cuyas enseñanzas contarían también como un eco importante en la misma Italia.

En conclusión a lo antes mencionado, el derecho constitucional es aquella disciplina jurídica autónoma adscrita al derecho público, conformada por el estudio de la Constitución como norma fundamental de un estado y las leyes constitucionales que la modifican, que sistematiza las reglas del derecho relativas a los órganos esenciales del estado; partiendo del estudio de las instituciones políticas y destinado a ocuparse de la organización gubernamental, jurídica y política de un estado.

Por lo que al hablar de Derechos Constitucionales, debemos hacer mención también a los Procesos Constitucionales, que sirven para la tutela de los derechos fundamentales ha constituido uno de los objetivos más importantes, que la justicia constitucional ha conseguido. Ello se explica porque en los procesos constitucionales se busca no solo la protección de los derechos fundamentales, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo, de ahí que se ha señalado que dichos procesos deben ser capaces de comprender no solo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la constitución. La doctrina constitucional comparada ha establecido que existen básicamente dos tipos de procesos constitucionales; en primer lugar están los procesos destinados al afianzamiento de los derechos fundamentales, en segundo lugar, los procesos constitucionales que aseguran la supremacía de la constitución.

Luis, Saénz Dávalos, señala que el "Código Procesal Constitucional" recoge la tradicional distinción y clasificación entre los procesos constitucionales: Procesos constitucionales de la libertad : Algunos procesos constitucionales tienen por objeto inmediato defender los derechos fundamentales de la persona frente a actos, omisiones o amenazas provenientes de cualquier autoridad, funcionario o persona, como ocurre con: el Hábeas Corpus, el Amparo, el Hábeas Data, o en cierta medida, con el Proceso de Cumplimiento.

El proceso constitucional de la libertad es un proceso en el que por encima de cualquier cosa priman los objetivos de la parte reclamante. La finalidad o fondo del proceso se sobrepone a la forma en la que este se tramita; si hay conflicto entre la forma y el fondo prevalece este último, porque lo principal es que los derechos vulnerables o amenazados retornen a su estado original. Procesos constitucionales orgánicos: Mientras otros procesos constitucionales tienen por objeto preservar la regularidad funcional o el ejercicio debido de las competencias reconocidas sobre los órganos de poder, como ocurre con: el Proceso de Institucionalidad, el Proceso de Acción Popular o el Proceso Competencial. En el proceso constitucional orgánico salvo que la norma disponga lo contrario, son tan importantes la forma como el fondo.

Precisamente el Código Procesal Constitucional (artículo II del título preliminar) ha establecido que los procesos constitucionales tienen como finalidad, por un lado, garantizar el principio jurídico de la supremacía de la constitución (artículo 51 de la Constitución) y, por otro preservar la observancia de la vigencia de los derechos fundamentales de la persona (artículo 1 de la Constitución). Como hemos visto, tanto en el Código como el Tribunal Constitucional apuntan a una fórmula, en la que los procesos constitucionales se erigen en medios de resguardar adecuadamente los derechos fundamentales, con lo cual se determina una finalidad concreta que se extiende a los procesos de la libertad y orgánicos, presupuesto que dirige la actividad del juzgador Constitucional para evaluar los presupuestos que arriban a su despacho y que exponen la presunta transgresión de los derechos y principio establecidos en la Carta Política del Estado.

Finalmente se puede determinar que los procesos constitucionales, son medios que resguardan adecuadamente los derechos fundamentales, teniendo como finalidad por un lado garantizar el principio jurídico de supremacía de la constitución y preservar la observancia de la vigencia de los derechos fundamentales de la persona, presupuesto que dirige la actividad del juzgador constitucional para evaluar los presupuestos que arriban a su despacho protegiendo los derechos y principios establecidos en la Constitución Política del Estado.

Los procesos de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data, tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de acto administrativo (Art. 1 del código, primer párrafo). De esta forma los derechos fundamentales y constitucionales están protegidos por el Recurso de

Agravio Constitucional reside en que la perturbación de un derecho fundamental o de una norma constitucional mediante la amenaza o afectación directa, altera el ordenamiento constitucional. Luego, para lograr que el ordenamiento constitucional vuelva a funcionar de modo armónico, es necesario reponer la situación al estado anterior al de la vulneración o amenaza del derecho en cuestión, lo que puede lograrse a través del recurso del agravio mencionado.

La razón de ser un medio impugnatorio radica en el reconocimiento de la equivocación humana como accidente en el proceso. Ello autoriza la intervención de un órgano para acordar o reconocer la eficacia de una relación o situación jurídica. En la actuación que le corresponde al Tribunal Constitucional, se debe advertir cuál es la motivación que amerita su injerencia en la búsqueda de la supremacía constitucional, siempre en el marco del carácter de los procesos constitucionales de la libertad. En el sistema judicial los recursos buscan a corto plazo una revisión de las cuestiones contenidas en una resolución, que puede ser firme o no, dependiendo de la naturaleza del recurso y la etapa procesal en que se encuentre, así como un examen de los trámites seguidos por el juzgador para su emisión. La impugnación tiende a la falibilidad del juzgador y, de esta manera, lograr la eficiencia del acto jurisdiccional.

El recurso de agravio constitucional en tanto recurso impugnativo dentro de cualquier proceso, como es el constitucional, debe ser utilizado como un mecanismo procesal especializado que permita que el Tribunal Constitucional intervenga convenientemente. Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requiere que el recurso de agravio constitucional planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal negativa de tutela claramente establecida por el Tribunal Constitucional.( STC Exp. N° 2877-2005-HC/TC; 11/07/2006). El recurso de agravio constitucional, en tanto recurso impugnatorio, tiene la vocación de anular o revocar la resolución que se impugna. Con la intención de dar mayores luces al respecto, precisaremos algunas de sus características que lo identifican como recurso de impugnación.

Ahora bien el recurso de agravio constitucional solo se inicia a pedido de parte y es quién debe alegar de manera clara y fundamentada la forma en que la resolución impugnada le ha causado agravio. Mediante este recurso se busca la reevaluación de la resolución denegatoria de segunda instancia emitida por el poder judicial, con la finalidad de que sea anulada o dejada sin efecto. Procede además, contra todo el contenido de la resolución

judicial de segunda instancia, o por algunos extremos de esta. La naturaleza del recurso de agravio constitucional como mecanismo de tutela del ordenamiento constitucional ha sido desarrollada y tratada por la jurisprudencia constitucional, y tiene que ser comprendido de la mano de las funciones del Tribunal Constitucional encargado de su resolución.

La primera sentencia que intenta definirlo es la que recae en el expediente N° 02877-2005-PHC/TC (11/07/2006), en la cual se resalta que este recurso, es un mecanismo que también busca garantizar el principio de supremacía constitucional (artículo 55 de la Constitución), así como la vigencia de los derechos fundamentales. Así queda claro que el recurso de agravio constitucional, por encontrarse regulado al interior de un proceso constitucional, persigue sus mismos fines, por lo que las características y las reglas establecidas por su procedencia deberían responder a tales fines. Así, el recurso de agravio constitucional actúa o despliega sus efectos ante " la perturbación de un derecho fundamental o de una norma constitucional a través de su amenaza o directa lesividad, altera el ordenamiento jurídico constitucional; para que vuelva a funcionar de modo armónico, es necesario reponer la situación a su estado anterior al de la vulneración o amenaza del orden constitucional. La reposición al correcto estado anterior puede lograrse a través del recurso de agravio constitucional.

Pues bien, el Código Procesal Constitucional, en su artículo 18, de acuerdo con el artículo 202.2 de la Constitución, establece que este recurso se interpone contra la resolución de segunda instancia que deniega la demanda, por haberla declarado infundada o improcedente. De ahí que la improcedencia del recurso suponga, en principio, que la demanda haya sido declarada en segunda instancia fundada en todos sus extremos. En efecto, si una de las pretensiones constitucionales ha sido desestimada, el demandante podrá recurrir la resolución en los extremos en que se desestima una determinada pretensión. Se trata pues de un recurso de naturaleza extraordinaria, pues no procede contra cualquier resolución, sino solo contra aquella de segunda instancia que rechaza la demanda interpuesta. Tal como lo señala la sentencia mencionada, el recurso de agravio constitucional es el mecanismo procesal por el cual se brinda una protección superlativa a los derechos fundamentales. A través de este, el máximo intérprete Constitucional puede "restablecer los principios de supremacía jurídica de la Constitución y de respeto de los derechos fundamentales".

Por lo demás se consideró, en esta sentencia, que a través del recurso de agravio constitucional se analizaba también, si este estaba referido al contenido constitucionalmente protegido del derecho alegado, analizado por el mismo Tribunal Constitucional. De este modo, advertimos que el Tribunal reconoce expresamente que el recurso de agravio constitucional ha ampliado su ámbito de protección en atención a su propia naturaleza: la protección superlativa de los derechos fundamentales y la defensa del principio de supremacía constitucional. Ello llevaría a concluir que es posible que los efectos de las sentencias que resuelvan el recurso de agravio constitucional excedan la naturaleza restitutoria de cada proceso constitucional.

Es de notar que si bien la Constitución nace en un momento específico por voluntad del constituyente, mantiene su vigencia a través de su conexión con contexto socio-político, lo cual quiere decir que una Constitución será actual en tanto sirva de cause para que los hechos mutables en la historia se hayan adoptado a ella y esta logre incorporarlos. Por ende el recurso de agravio constitucional debe significar una forma no exactamente de restringir arbitrariamente las prerrogativas de intervenir en ciertos procesos constitucionales de la libertad, sino más bien de compatibilizar correctamente las atribuciones constitucionales y un efectivo resguardo de los derechos de la población. Solo configurando correctamente el recurso de agravio constitucional es que los derechos fundamentales actuarán legitimando, creando y manteniendo consenso, siempre en la búsqueda de la libertad individual y limitando el poder estatal. El Tribunal Constitucional ha ido determinando con claridad hasta dónde puede llegar la elucidación de aspectos y materias de un recurso de agravio constitucional, por lo que es necesario examinar la línea jurisprudencial seguida hasta el momento.

Finalmente, permitir o posibilitar que cualquier persona acuda al colegiado constitucional para solicitar la aplicación del artículo 18 del Código Procesal Constitucional. No tiene relación alguna con lo que se busca con el recurso de agravio constitucional. Solo es pertinente la utilización del recurso de agravio constitucional con el fin de atacar una resolución que sea propiamente denegatoria de protección de derechos fundamentales (infundada o improcedencia) y, en el caso concreto, de la libertad personal. No cabe duda que el recurso de agravio constitucional juega un papel decisivo en la protección de los derechos fundamentales y en el restablecimiento del orden constitucional perturbado por un acto lesivo a un derecho fundamental o la inactividad ilegítima de la administración, y que se ha mantenido en tanto que en las instancias judiciales no han actuado oportuna y adecuadamente para brindar la tutela requerida.

En conclusión, el recurso de agravio constitucional es el instrumento de protección superlativo de los derechos fundamentales, que procede contra la resolución de segundo grado emitida por la Sala Superior, complementándose con el artículo 20 del Código Procesal Constitucional, encargado de tutelar la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, así como la tutela subjetiva de los derechos fundamentales, compatibilizando correctamente las atribuciones constitucionales y su efectivo resguardo de los derechos de la población.

Por lo que el Tribunal Constitucional precisa que las demandas de Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data proceden para asegurar el cumplimiento efectivo del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que, explícita o implícitamente vienen recogidos en la norma constitucional. Se trata de garantías constitucionales que se activan como instrumentos de defensa que reaccionan frente a la agresión manifiesta de algún derecho fundamental, provenga la agresión del poder público (en cualquiera de sus variantes, y a través de cualquiera de sus órganos o instituciones) como de los particulares. De modo que la regla general es que independientemente de quien sea el agresor e independientemente del contenido de la agresión, siempre que se produzca la agresión manifiesta del contenido constitucional de un derecho fundamental, deberá ser posible la presentación de una demanda constitucional. La agresión manifiesta de un derecho fundamental puede acontecer por acción u omisión de acto debido por el agresor, y esa acción o esa omisión puede agredir el derecho fundamental ya sea porque crean una situación de violación efectiva de su contenido constitucional.

La defensa y aseguramiento que del derecho fundamental se intenta lograr a través de un proceso constitucional de la libertad, es consiguiendo que desaparezca la situación de agresión del contenido constitucionalmente protegido, regresando las cosas al estado anterior de ocurrida la agresión. Esta finalidad se intentará conseguir al menos dentro de los dos siguientes ámbitos: uno previo y otro posterior. El ámbito previo viene conformado por todas aquellas situaciones que de alguna manera supongan una amenaza al ejercicio regular de los derechos fundamentales. Se trata de situaciones que sin impedir el ejercicio del derecho, se configuran como potencialmente interruptoras del mismo. Por eso acierta el Tribunal Constitucional cuando manifiesta que en los casos de amenaza de un derecho constitucional "La finalidad de los procesos constitucionales es evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, y, además, hacerla desaparecer. El ámbito posterior por el contrario, se constituye a partir de situaciones que



han configurado lesiones efectivas al contenido constitucional de los derechos fundamentales al haber efectivamente impedido el ejercicio razonable del mismo.

Pero no cualquier acción o cualquier omisión que signifique una amenaza o violación efectiva de un derecho fundamental sirve para la procedencia de un proceso constitucional, sino que las referidas acción u omisión deben ser claras y manifiestas, mas aun cuando por tratarse de procedimientos sumarios, no existe prevista etapa de actuación de pruebas. En palabras del Tribunal Constitucional, la acción u omisión susceptible de ser cuestionada por la vía de la acción de amparo es aquella que en forma actual, inminente y concreta lesiona, altera o amenaza con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos constitucionales. Vale decir la lesión debe ser actual, el perjuicio debe ser real, concreto e ineludible. Se excluyen pues de la acción de amparo los perjuicios que se presumen o aquellos que escapan a una captación objetiva. El daño que se pretende reparar será por tanto cierto. Y es que la finalidad de las acciones de garantía determina que para su procedencia deba constatarse una afectación clara y manifiesta de un derecho constitucional.

Si bien las dos declaraciones transcritas por el máximo intérprete de la Constitución están referidas de modo expreso al Proceso de Amparo, no cabe ninguna duda que ambas igualmente son predicables del Hábeas Corpus y del Hábeas Data. Ello en razón que son procesos constitucionales que tiene por finalidad evitar vulneraciones de derechos constitucionales por acción y por omisión, que al tramitarse sumariamente, las tres por igual exigen que la afectación del derecho sea clara y manifiesta, regresar las cosas al estado anterior de cometida la omisión o acción vulneradora del derecho.

Así, de manera general, y aplicable a los Procesos de Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data, ha manifestado el Tribunal Constitucional que solo procede estimar la demanda cuando la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales resulta evidente y plenamente acreditable con las instrumentales acompañadas a la demanda o recabadas durante el proceso. Por tanto, la procedencia de las acciones de garantía como principio general exige que la afectación se produzca del contenido constitucional de un derecho fundamental, que la referida afectación sea clara y manifiesta. O, como se ha escrito que el derecho sea cierto y liquido: es decir, que resulten nítida y plenamente acreditadas la naturaleza constitucional del derecho alegado, la calidad de su titular y la afectación que sufre dicho derecho.

## II. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 2.1. Aproximación temática

#### 2.1.1 Estado Democrático y Constitucional de Derecho

##### 2.1.1.1 Origen

El Estado social y democrático de derecho, como forma jurídica de un Estado, cualitativamente es una forma superior al Estado de derecho. En aquel no sólo están conquistados y reconocidos los derechos civiles y políticos sino también los derechos económicos, sociales y culturales que fueron conquistados a escala mundial, como consecuencia de hechos y fenómenos, políticos, jurídicos y bélicos ocurridos en la primera etapa del siglo XX, y reconocidos en los Estados que iniciaron paulatinamente procesos democráticos. (Ortecho Villena, 2003: 20)

La primera vez que se utilizó la expresión "Estado democrático y social" fue durante la revolución de París de 1848, si bien la integración del derecho individual y del derecho social ya se advertía desde los intensos años de la Convención (Blanc, t. XII, pp. 603 y ss.). Las demandas del reconocimiento del derecho al trabajo planteadas por los socialistas, encabezados por Louis Blanc y secundadas por el constitucionalista Comernin, encontraron una fuerte resistencia en los argumentos de Tocqueville y de Thiers. En el proceso de acuerdos previos a la elaboración de un nuevo texto constitucional, los socialistas y los conservadores acordaron impulsar un modelo transaccional de "Estado democrático y social", como resultado del cual fue aprobada la Constitución presidencialista de ese año. Esta norma incorporó algunas reivindicaciones sociales, pero no el derecho al trabajo. (Carruitero Lecca, 2005: 74)

El Estado Constitucional del Derecho. La primera mutación del paradigma del derecho se expresó en la afirmación del principio de legalidad, y por tanto de la omnipotencia del legislador, la segunda mutación se produce, en el último medio siglo XX, con la subordinación de la propia ley ordinaria a una ley superior: la Constitución. (Torres Vásquez, 2011:1039)

La teoría de la Constitución tiene por objeto el tipo de las Constituciones democráticas, tal como se han implementado en el mundo libre, y no solo en el occidental; sus contenidos y procedimientos esenciales, pero no en la profundidad de sus manifestaciones particulares, y su evolución en el curso de la historia, así como en el espacio planetario, al menos desde el "annus mirabilis" de 1989. Este tipo se compone de elementos ideales

y reales –referidos al Estado y a la sociedad- los cuales no se han alcanzado al mismo tiempo en prácticamente ningún Estado constitucional, pero que apuntan tanto a una situación óptima de lo que deber ser como a una situación posible de lo que es. (Peter Haberle, 2003: 1)

Cuando existe un verdadero Estado Constitucional de Derecho, un eficiente control constitucional, sea como en los estados europeos de Alemania, Austria, Italia, España, de control concentrado o como en los Estados Unidos, de control constitucional difuso; podemos decir que hay seguridad jurídica, porque tales organismos son garantía de que las normas de sus respectivas Constituciones se respeten o que los derechos Constitucionales puedan hacerse prevalecer. (Ortecho Villena, 2003: 32)

El objeto de estudio de las ciencias políticas es el Estado. Respecto al Estado, los problemas científicos que hay que estudiar son muchos. En primer lugar, podemos colocar el problema histórico que consiste en estudiar al Estado en su origen en los pueblos, dando una idea de él, para seguir después con sus transformaciones. Se comprende que este campo de estudio es inmenso. Se completa con la descripción de la vida política de los estados contemporáneos, estudio también vastísimo, y con el de la constitución patria y pueblos modernos. Estas dos ramas son descriptivas, pues se limitan a exponer los fenómenos políticos, ambas se dan la mano. (Vicente Villarán, 1998: 3)

#### 2.1.1.2 Noción Jurídica

En todo sistema político moderno que se precie de ser democrático, el poder del gobierno no se puede legitimar por sí mismo, sino desde la existencia y la operatividad, a nivel real, de la oposición. Para lo cual, la Constitución ha establecido instituciones tales como la justicia constitucional, encargada de controlar el poder, hacer respetar los derechos fundamentales y cautelar los derechos de las minorías. Ello debido a que, si bien es cierto que con el establecimiento de las democracias constitucionales se inicia un proceso de racionalización del poder, la autoridad, incluso elegida democráticamente, cuando ejerce el poder sin control puede terminar cometiendo todo tipo de excesos, no sólo contra sus adversarios, sino también contra cualquier pacífico ciudadano. Esto tiene se explica, porque el poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. De allí que las personas con poder público o privado deban estar siempre controladas, mediante la Constitución y la ley. (Landa Arroyo, 2003: 41)

El Estado Constitucional de Derecho es la forma de Estado de Derecho, a caso su más cabal realización, que surge con el paso de la supremacía de la ley a la supremacía de la Constitución. (Torres Vásquez, 2011: 1035)

EL Estado social y democrático de derecho se basa en el respeto a la Constitución y las leyes. Propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y la justicia. (Ortecho Villena, 2003: 20)

En el estado social y democrático de derecho se incluyen la tutela del individuo y de sus derechos de participación política y las relaciones de clase, instituyendo mecanismos de distribución de riqueza a través del salario, del ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones que atienden al bienestar. Lo característico de esta forma de estado es la vinculación entre contenidos sociales y los concernientes al pluralismo. La participación ciudadana es indispensable tanto para ampliar los derechos que corresponden al cuerpo social, cuanto para ejercer un efectivo control vertical sobre los órganos del poder. Un Estado que prescinde del pluralismo tiende aceleradamente al paternalismo, y de ahí a la adopción de formas dogmáticas de ejercicio de la autoridad. (Carruitero Lecca, 2005: 75)

Tales elementos son: la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura ("Kulturstaat") abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio de pluralismo. (Peter Habermas, 2003: 1)

El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana, el respeto de su dignidad, la garantía de los derechos fundamentales, la separación y equilibrio entre poderes, ningún poder u órgano del Estado ni nadie tiene poderes o

facultades más allá de los que puedan derivarse de la Constitución. (Torres Vásquez, 2001: 1036)

Cuando se ha logrado estudiar el fenómeno político en sus distintas épocas, sobreviene el estudio comparativo, en que se anotan las semejanzas y diferencias entre las instituciones políticas de los pueblos. Así podemos ver cómo los países latinoamericanos han imitado a los Estados Unidos, y éstos a aquéllos, que habían conocido y practicado dentro del régimen colonial inglés, tomando de Inglaterra sus mejores instituciones. Es también la herencia lo que hace imitar a los pueblos las instituciones de otros países; se hereden, los pueblos, unos a otros, sus instituciones. La conquista es otro motivo por el cual los pueblos se transmiten sus instituciones. Muchas veces el pueblo vencido infiltra gran parte de sus tendencias en aquel pueblo por el que está dominado; ej.: los normandos encontraron en la raza anglosajona, cuando la subyugaron, instituciones que nunca habían conocido y de las que se sirvieron. (Vicente Villarán, 1998: 3-4)

El Estado Constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural de la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta. Su Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia; el ejemplo más impresionante lo ofrece la Constitución de los Estados Unidos con sus más de dos siglos de vigencia. No obstante, en virtud de esta duración –la Ley Fundamental Alemana ( en adelante LF) incluso plantea una “pretención de eternidad” a favor de los principios fundamentales de su artículo 79, inciso 3, en forma análoga a algunas constituciones anteriores y a otras que se han seguido –se requieren instrumentos y procedimientos gracias a los cuales la Constitución se adapte en forma flexible, como “proceso público”, a los acontecimientos de la época, sin detrimento de su sentido: a saber, como “estímulo y límite”, en los términos de R. Smend, también como “norma y tarea” (U. Scheuner), lo mismo que como “limitación y racionalización” del poder del Estado (H. Ehmke), pero también del poder de la sociedad. Precisamente la constitución de los Estados Unidos, además de la muy escasas enmiendas (actualmente 28) que ha sufrido en doscientos años, conoce el procedimiento del cambio, especialmente a través de la jurisprudencia constitucional. . (Peter Haberle, 2003: 3)

## 2.1.2 Derechos Constitucionales

### 2.1.2.1 Origen

Como hemos visto, a partir de las constituciones escritas, el derecho político toma el nombre de derecho constitucional; por eso, a la Constitución se denomina "Constitución Política". Pero el derecho constitucional moderno es solo un derecho político, porque las Constituciones modernas no se encargan únicamente de regular la organización jurídica del estado, sino que también regulan los derechos fundamentales del ser humano. La Constitución sienta los valores supremos del ordenamiento jurídico, como tal sirve de fundamento de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema. Por eso, a la Constitución se le denomina también ley de leyes, *lex legum*, o ley fundamental, que sirve de marco dentro del cual se deberán abarcar todas las leyes ordinarias. Las leyes contrarias al sentido de la Constitución se transforman en inconstitucionales. (Torres Vázquez, 2001: 315-316)

Esta nueva concepción, que poco a poco ha ido ganando terreno dentro de la doctrina constitucional, ha permitido superar el obsoleto concepto que tradicionalmente se ha tenido del Derecho Constitucional que consideraba como el único y exclusivo objeto de su estudio a la Constitución formal. En efecto, en la actualidad, cada vez es mayor la opinión de los estudiosos del constitucionalismo que se inclinan por incluir dentro del objeto de estudio del Derecho Constitucional, además del texto escrito, a todas aquellas instituciones políticas que sin estar escritas orientan la conducta de los actores políticos (gobernantes y gobernados) y explican el funcionamiento del Estado. Dugerver, al respecto, afirma que "existe un Derecho Constitucional aunque no haya Constitución....cuando existe Constitución, el Derecho Constitucional suele desbordarlo ampliamente". Bidart Campos, por su parte, refiriéndose a lo mismo sostiene que el derecho constitucional abarca pues, lo que dicen los textos y lo que se hace en la realidad existencial. (Humberto Henríquez, 2001:16)

Después de un largo período en el que se consideró que no todos los seres humanos tenían derechos inherentes a su naturaleza humana, el liberalismo del siglo XVIII desarrolló la posición contraria y así llegaron al derecho las primeras declaraciones, que se inician en el Estado de Filadelfia, para continuar con la clásica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789. (Rubio Correa, 2001: 47)

El contenido y alcances de los Derechos Constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las

decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos según tratados de los que el Perú es parte. (Rioja Bermúdez, 2006: 49)

En la primera fase de desarrollo de la disciplina, se admitió prácticamente el vínculo entre la enseñanza del derecho Constitucional y la obra divulgadora de la ideología política denominada "constitucionalismo". Ello se advertía en la misma terminología empleada, de manera que, por ejemplo, se entendía por "constitución" solo aquella ley fundamental de un Estado que se identificase con los nuevos principios expresamente canonizados en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre, adoptada en Francia en 1789 y según la cual "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution". En este sentido –con el que el término fue preferentemente empleado a lo largo del siglo XIX- la "Constitución" no designaba solo un texto dotado de ciertas características jurídicos-formales sino también, y sobre todo, a un documento cuyas disposiciones acogiesen en alguna medida, al menos, lo que era entonces el programa político del movimiento liberal. Así se explica el empleo del adjetivo "constitucional" para calificar a regímenes, asociaciones, partidos, círculos, etc., en tanto en cuanto sostuviesen aquel programa. De este modo, en la fase de más agudo conflicto entre liberalismo y absolutismo, pareció afirmarse una contraposición de significados entre el término "constitución", usualmente empleado por referencia a documentos adoptados por asambleas electas y aprobadas, en ocasiones, mediante referéndum popular, y el "estatuto" ("charte" en francés, "verfassung" en alemán, etc.), con el que se designaban textos unilateralmente adoptados y "otorgados" a los súbditos por un soberano absoluto. (Chaname Orbe, 1994: 68)

Después de haber fijado su origen en el siglo XVIII, el derecho constitucional moderno conoce una rápida expansión en el siglo XIX y una profunda transformación en el siglo XX. Si la evolución inglesa de 1688 marca la sumisión de poder del estado al derecho, es la revolución Americana de 1776, y aquella posterior Francesa de 1789, las que constitucionalizan la declaración de derechos y la organización del poder. (Molina Bentancur, 2006: 41)

El Derecho Constitucional es un elemento importante del estudio de las instituciones políticas. Pero no puede ser un elemento exclusivo, como sucedía con frecuencia en Francia hasta mediados del siglo XX ya que el aspecto jurídico solo es una parte de las instituciones políticas. Todas las instituciones, o casi todas, incluso las no políticas, se hayan un poco en este caso. Se ha dicho que una institución es un conjunto de reglas sociales relativas a un mismo campo o a un mismo objeto. Entre estas reglas, unas son jurídicas, establecidas y sancionadas como tales por el estado, y las otras son simple usos sociales, en el sentido que dado a esta expresión. Nos encontramos así con una

mezcla de categorías de reglas en la mayor parte de las instituciones, y no sólo en las instituciones políticas. (Blancas Bustamante, 1999: 21)

Así, el texto constitucional se encuentra estrechamente ligado a la ciencia política que se encarga de estudiar el fenómeno político, la ciencia del estado o la ciencia del poder. Pero también está ligado íntimamente con la sociología, que se interesa por la realidad de la sociedad dentro de las instituciones, su funcionalidad, el devenir de las normas. La sociología se interesa más por el estudio del comportamiento del individuo frente a las instituciones por la institución misma como la pretende la ciencia política. Con esta distinción se puede encontrar en la constitución una significación determinada. (Molina Bentancur, 2006: 31)

El origen de la enseñanza del Derecho Constitucional como disciplina autónoma se halla en la iniciativa adoptadas para el estudio y divulgación de aquel tipo de configuración político institucional del estado conocido como gobierno constitucional progresivamente adoptado, primero en Inglaterra, va en el curso del siglo XVII, después en Francia tras la revolución de 1789, y más tarde en otros países europeos y extra europeos. Las primeras cátedras universitarias dedicadas a esta disciplina se instituyeron en Italia, primero durante el fugaz periodo Jacobino (la más antigua sería la creada en Ferrara, por decreto de 31 de marzo de 1997) y después a raíz de la proclamación del estatuto Albertino. Mientras tanto se había creado ya la primera cátedra francesa de la disciplina, instituida en París el 22 de abril de 1834 y confiada a Pellegrino Rossi, cuyas enseñanzas contarían también como un eco importante en la misma Italia. (Chaname Orbe, 1994: 67)

Lo esencial del Derecho Constitucional General consiste en describir y explicar el fenómeno del poder social en el contexto del estado contemporáneo, y en transmitir el conocimiento de los grandes lineamientos normativos que han sido desarrollados para regularlo y convertirlo, de simple poderío material (llamado usualmente "la ley del más fuerte"), en una conducción racional y orgánica del conjunto social con reglas e instituciones que impidan su uso arbitrario en perjuicio de las personas y del pueblo como conjunto. (Blancas Bustamante, 1987: 13)

El Derecho Constitucional liberal moderno se edifica sobre tres ideas esenciales: a) la limitación del poder mediante su distribución equitativa, puede haber estado democrático con un poder absoluto e ilimitado; b) la garantía de los derechos y libertades fundamentales de la persona. El ordenamiento jurídico solamente tiene valor si se basa en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, que se garantizan y afianzan, aun contra el propio estado, y c) la supremacía y permanencia del texto constitucional. La superioridad de la constitución sobre la ley ordinaria se establece por



ser creada por el órgano constituyente, que es el poder de poderes; además, por la exigencia de un procedimiento especial, distinto al de la votación de las leyes ordinarias para ser modificada y por la autoridad que tiene el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las normas que violan el sentido de la constitución o del poder judicial para preferir la norma constitucional a la norma legal cuando esta se oponga a aquella. (Torres Vásquez, 2001: 316)

El equilibrio institucional: El derecho constitucional moderno reposa sobre una organización de equilibrio institucional que conjura lo jurídico, lo social y lo político. La Carta Constitucional tiene en cuenta el cuerpo social al que le debe su existencia. Compuesto en principio de ciudadanos iguales y libres, la Constitución concibe una parte social que da cuenta de la naturaleza humana, dividiéndola para su mejor organización en diferentes grupos: dirigentes, administrados y controladores. (Molina Bentancur, 2006: 40)

El hecho mismo de estudiar las actividades jurídicas mediante las cuales se transforman en reglas de Derecho los programas políticos determina que el Derecho Constitucional se sitúe como una disciplina fronteriza respecto de la totalidad de los estudios jurídicos y que se halle, también, próxima a las disciplinas históricas y politológicas que analizan los mismos fenómenos. Pueden así señalarse los puntos de contacto que vienen dados por la Historia Constitucional –materia común al Derecho Constitucional y a las disciplinas historiográficas que estudian los acontecimientos posteriores a la Revolución Francesa– por la teoría del Estado-frecuentemente concebida como disciplina autónoma, a medio camino entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho, de acuerdo con la tradición germánica de los cultivadores de la *Allgemeine Staatslehre*-, por la "Filosofía de la Política", así como por la "Sociología del Derecho" y otras disciplinas análogas, delimitadas en virtud de muy diversos criterios y, entre ellos, por los mismos intereses de los estudiosos. (Blancas Bustamante, 1999: 26)

#### 2.1.2.2 Noción Jurídica

Esbozando una definición, con cargo a profundizar en investigaciones posteriores, ya que no es nuestra intención escudriñar en la misma en este trabajo, se puede señalar que el Derecho Constitucional es aquella disciplina jurídica autónoma, adscrita al Derecho público y surgida como resultado del nacimiento del liberalismo y del triunfo de las ideas que defendieron la democracia representativa y participativa como sistema de gobierno, que se encarga del estudio de las instituciones que estructuran el Estado y organizan sus funciones básicas, estableciendo las nociones conceptuales tendientes a explicar su entramado organizacional y las reglas interpretativas destinadas a resolver el mismo, así

como del estudio de las instituciones que consagran los derechos individuales o colectivos de las personas, y los garantizan y protegen frente a los abusos del poder. (Blume Fortini, 2009: 43)

El Derecho Constitucional es una disciplina jurídica en constante evolución y perfeccionamiento que a lo largo de sus más de dos siglos de existencia ha acumulado una vasta porción de conocimientos que difícilmente pueden ser sistematizados y presentados, para su estudio, como una sola asignatura. La extensión de sus conocimientos ha obligado a que los planes de estudio de las facultades de derecho de las diversas universidades del mundo occidental desarrollen su temática en varios segmentos o formas, siendo las más conocidas las siguientes: Derecho Constitucional General, Derecho Constitucional Particular, Derecho Constitucional Comparado. (Humberto Henríquez, 2001:22)

De acuerdo con el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada no tiene Constitución. Poder y libertad son dos caras opuestas enfrentadas y organizadas por la Constitución; por ello se considera la carta fundamental como un dispositivo de poder, por cuanto el equilibrio entre esas dos fuerzas es la preocupación principal de la Constitución. (Molina Bentancur, 2006: 32)

El artículo V del título preliminar, versa sobre la interpretación de los derechos constitucionales, es decir permite ir mas allá de nuestras fronteras y no solamente establecer parámetros de interpretación basados en la doctrina y la jurisprudencia nacionales sino que nos permite acoger la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales supranacionales de los cuales nuestro estado es parte, así existe para el juez constitucional la posibilidad de establecer en sus sentencias los cánones internacionales en materia de derechos constitucionales. De esta manera en la protección de los derechos constitucionales los jueces podrán recurrir no solamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y las decisiones adoptados por los Tribunales constitucionales del ciudadano. (Rioja Bermúdez, 2006: 49)

El Derecho Constitucional es la rama del derecho público interno conformado por la Constitución y las leyes constitucionales que la modifican (Rodríguez Chavez, 2006: 137)

El Derecho Constitucional general es una rama teórica de lo jurídico que sistematiza la creación, teóricas y acciones que a lo largo de varios siglos ha ido aportando la humanidad para el ejercicio del poder y del gobierno dentro de la sociedad. Su desarrollo

al punto en que hoy se encuentra ha sido vertiginoso en los dos últimos siglos, pero no puede comprenderse sin una mirada retrospectiva a sus elementos primarios del pasado. Lo esencial del derecho constitucional general consiste en describir y explicar el fenómeno del poder social en el contexto del estado contemporáneo, y en transmitir el conocimiento de los grandes lineamientos normativos que han sido desarrollados para regularlo y convertirlo, de simple poderío material (llamado usualmente “ la ley del más fuerte”), en una conducción racional y orgánica del conjunto social con reglas y instituciones que impidan su uso arbitrario en perjuicio de las personas y del pueblo como conjunto. (Blancas Bustamante, 1987: 13)

“ Nuestra Constitución Política recoge en su artículo 3º una “enumeración abierta” de derechos, lo cual no obsta para pensar que en ciertos derechos constitucionales explícitamente reconocidos, subyacen manifestaciones del derecho que antaño no habían sido consideradas. El Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permiten consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la clausula constitucional de los “derechos no enumerados” y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación del art. 3º de la Constitución, en este sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita. (Nogueira Alcala, 2009: 20)

Otros autores han preferido abordar el problema de la definición del Derecho Constitucional tomando como criterio al objeto que lo contiene. Aquí encontramos a Dugerver, quien afirma que el Derecho Constitucional es el derecho “que se aplica a las instituciones políticas”. A Ollero, que lo concibe como “un sistema unitario de normatividades creadas o aceptadas y mantenidas por el poder de la organización, como realizadoras de un determinado orden de convivencia”. Y Sagues, quien define a esta disciplina como “el sector del mundo jurídico que se ocupa de la organización fundamental del Estado”.(Humberto Henríquez, 2001: 14)

En este sentido el Derecho Constitucional estudia las instituciones políticas en un ámbito jurídico, su nombre proviene de la práctica inaugurada en los Estados Unidos en 1787 y más tarde en Francia en 1791, generalizada después, que consiste en reunir las reglas

de derecho relativas a los órganos esenciales del estado, parlamento, gobierno, elecciones, etc. en un texto solemne llamado constitución. Pero todas las reglas de derecho relativas a las instituciones políticas no están contenidas en la constitución: se encuentra también en las leyes ordinarias, en los decretos y los reglamentos del gobierno, en las órdenes de los ministros y autoridades locales, en las resoluciones de las asambleas en las costumbres jurídicas, etc. El derecho constitucional las estudia todas, cualquiera que sea su fuente, a pesar de su nombre, no es únicamente el derecho a la constitución. (Blancas Bustamante, 1999: 21)

De manera amplia, el Derecho Constitucional se define como el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos. De manera restringida, se podría definir como el derecho que estudia la constitución entendida esta, a la vez, como pacto político de base y como norma fundamental. Esta definición pretende descartar toda actividad arbitraria en el ejercicio del poder. Es el símbolo del estado del derecho que caracteriza la sociedad moderna y que se traduce en la sumisión del estado de derecho. Se hace así diferencia con el antiguo régimen despótico, marcado por el ilimitado poder del monarca por ello la constitución se interpreta contemporáneamente como un sistema de normas que contienen los principios reguladores del estado, su estructura es el poder público y su ejercicio y asegura los ciudadanos sus derechos básicos y garantías sociales, dentro de un marco político económico y jurídico. (Molina Bentancur, 2006: 17)

En efecto, su estudio comprende las instituciones políticas abstractas y comunes a varios ordenamientos jurídicos-constitucionales con características similares. Su importancia, como consecuencia de la globalización, es cada vez mayor, debido a la necesidad de homogeneizar las instituciones democráticas que permitan establecer determinados estándares democráticos en el mundo; sobre todo ahora que el comunismo ha entrado en una etapa de franca decadencia con la caída del Muro de Berlín y la desintegración de la Unión Soviética, cuya constitución fue considerada como modelo para los países que adaptaron este sistema político. (Humberto Henríquez, 2001:23)

En términos restringidos, el Derecho Constitucional es el derecho de la constitución. Concepción meramente jurídica, el estudio de la constitución hace referencia al conjunto de disposiciones, todas de orden jerárquico, de carácter normativo. Pero el aspecto jurídico de la constitución no puede desconocer la realidad política que ella encierra. (Molina Bentancur, 2006: 31)

Como hemos visto a partir de las constituciones escritas, el derecho político toma el nombre de derecho constitucional; por eso, a la constitución se le denomina constitución política. Pero el derecho constitucional moderno es solo un derecho, por que las constituciones modernas no se encargan únicamente de regular la organización jurídica del estado, sino que también regulan los derechos fundamentales del ser humano. La constitución sienta los valores supremos del ordenamiento jurídico como tal sirve de fundamento de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema. Por eso, a la constitución se le denomina también la ley de leyes, la *lex legum*, o ley fundamental, que sirve de marco dentro del cual se deben tocar todas las leyes ordinarias. Las leyes contrarias al sentido de la constitución se transforman en inconstitucionales. El derecho constitucional liberal moderno se edifica sobre tres ideas especiales: la limitación del poder mediante su distribución equitativa, puede haber estado democrático con un poder absoluto e ilimitado, la garantía de los derechos y libertades fundamentales de la persona. El ordenamiento jurídico solamente tiene valor si se basa en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, que se garantizan y afianzan aun contra el propio estado y la supremacía y permanencia del texto constitucional. La superioridad sobre la ley ordinaria se establece por ser creada por el órgano constituyente que es el poder de poderes; además, por la exigencia de un procedimiento especial, distinto a la de la votación de las leyes ordinarias para ser modificada y por la autoridad que tiene el tribunal constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las normas que violan el sentido de la constitución poder judicial para preferir la norma constitucional a la norma ilegal cuando esta se oponga a aquello. (Torres Vásquez, 2001: 315)

### 2.1.2.3 Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales

El empleo y la utilización de estas denominaciones son frecuentes y comunes en nuestro ordenamiento nacional.

Como se ha señalado, uno de los problemas que se presentan a la hora de hablar de derechos es que no existe una única denominación para hacer referencia al contenido mínimo que ha sido estipulado. Recordemos que desde este contenido mínimo, los derechos son un elemento de legitimidad del poder político, tienen como objetivo la protección del individuo (son exigencias éticas de dignidad). A este contenido mínimo se ha añadido una tercera restricción a propósito de la reflexión sobre las distintas posibilidades de aproximación al concepto: son una categoría que se mueve entre lo jurídico y lo moral. Es a partir de este concepto desde el que hay que valorar la adecuación de los distintos nombres de los derechos. El término más común para aludir a

esta idea es el de "derechos humanos". Este término es el que utiliza la Declaración Universal de 1948 (que Bobbio cita como instrumento en el que se plasma el consenso factico sobre la necesidad de garantizar el catalogo de derechos que en ella se contienen. (Cordova Schaefer, 2009:. 59)

En primera instancia, es conocido que a nivel doctrinario se acepta que tanto los Derechos Constitucionales como los Fundamentales son "Derechos Humanos Constitucionalizados" o, cuanto menos, pretensiones morales reconocidas por el derecho positivo. No obstante ello, consideramos que de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional (o, mejor aún, desde una teoría jurídica de los derechos fundamentales a partir de la Constitución Peruana), la categoría "derechos constitucionales es más amplia y tiene un carácter sobre todo formal frente a la de los "derechos fundamentales", pues se refiere a los derechos reconocidos por las normas constitucionales sin importar su esencia, la relevancia del bien que protege, o su relación con la dignidad humana o de los principios basilares del Estado Peruano. En tal sentido, ciertos derechos son "constitucionales" sencillamente porque están formalmente reconocidos por la Constitución. (Saénz Dávalos, 2009: 105)

Podemos empezar señalando que los Derechos Fundamentales son la base de todo el ordenamiento jurídico político, aquellos que lo inspiran, lo determinan y lo fundamentan. Su evidente importancia ha dado lugar a que se escriban muchas páginas y se formulen no pocas teorías en su entorno, de tal manera que su desarrollo doctrinal, aunado a un despliegue jurisprudencial importante en el Derecho comparado, ha llevado a muchos a sostener la existencia de una ciencia de los derechos fundamentales. Con todo, parte de esas teorías reflejan posiciones encontradas que aun no han sido resueltas, otras abordan distintos aspectos de los derechos fundamentales que las diferencian unas de otras, por lo tanto, brindar una definición que comprenda todo lo que los derechos fundamentales son, de tal manera que cubra todos los ámbitos de su existencia, puede ser una tarea no sólo imposible sino inconveniente. En efecto, lo importante no es dar la definición absoluta y definitiva de los derechos fundamentales, de tal manera que cubran todos los ámbitos de su existencia, sino de tener una concepción abierta que permita la recepción de nuevos derechos, conforme a las necesidades de los tiempos, así como el aseguramiento de su eficacia y el desarrollo de su contenido. Se trata de elaborar una definición que rescate los principales atributos que distinguen a este tipo de derechos, con el propósito de evitar su uso arbitrario o contradictorio en un mismo sistema y, sobre todo, que reivindique su utilidad social, sea para el caso concreto, para un momento

histórico determinado o para proyectar un sistema jurídico que sea parte básica de la estructura de una mejor sociedad. (Bustamante Alarcon, 2004: 87)

Mientras que el Derecho Constitucional es la rama del derecho público interno conformada por la Constitución y las demás leyes constitucionales que la modifican. (Rodriguez Chavez, 2006: 137)

Es decir, el Derecho Constitucional General es una rama teórica de lo jurídico que sistematiza la creación, teorías y opciones que a lo largo de varios siglos ha ido aportando a la humanidad para el ejercicio del poder y del gobierno dentro de la sociedad. (Blancas Bustamante, 1987: 13)

Es más un sector de la doctrina y jurisprudencia comparada considera que los derechos fundamentales no son otra cosa que los derechos humanos positivados en los ordenamientos jurídicos estatales, principalmente en su normativa constitucional. Así, Peces-Barba, se refiere a los "derechos subjetivos fundamentales" como una "conjunción de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación de un derecho positivo vigente", y Pérez Luño diferencia los derechos humanos de los derechos fundamentales en función de lo que debe ser reconocido en el derecho positivo –nacional e internacional- y lo que a partir de esa exigencia ya es en la positividad. Este último autor afirma lo siguiente:

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que la noción de derechos fundamentales se entiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que pueden gozar de una tutela reforzada. (Bustamante Alarcon, 2004: 78-79)

En el caso peruano la Constitución no establece diferencias expresas entre derechos constitucionales y fundamentales. Si bien el Capítulo I del Título I de la Carta se denomina "Derechos fundamentales de la persona", la jurisprudencia y la doctrina generalmente equiparan ambas nociones, considerando igualmente importantes y amparables todos los derechos reconocidos en la norma fundamental, independientemente de donde se encuentren. Es más, no solo los derechos

expresamente reconocidos son considerados fundamentales, sino también los llamados "derechos no enumerados", o "implícitos" (conforme al artículo 3 de la Constitución) así como los consagrados en los tratados sobre derechos humanos y vinculantes para el Perú (conforme al artículo 55 y la IV Disposición Final y Transitoria de la Carta). (Bastos Pintos, 2012: 195)

En efecto, la constitución reconoce varios derechos, todos con igual rango y mecanismos de protección. Pero no todos ellos tienen una similar relevancia o naturaleza fundamental; en otras palabras, algunos de estos derechos carecen de "fundamentalidad". Esta fundamentalidad, a nuestro parecer, se establece teniendo en cuenta los criterios materiales que la Constitución prevé para el reconocimiento de los derechos fundamentales no enumerados. Así, no todos los derechos formalmente constitucionales están relacionados con estos criterios sustantivos; por ello existirían derechos constitucionales que son fundamentales, al cumplir con los estándares sustantivos del artículo 3 y otros que son meramente constitucionales y no fundamentales. En suma, todos los derechos fundamentales son constitucionales, pero también existirán derechos constitucionales sin "fundamentalidad". (Saénz Dávalos, 2009: 107)

Conforme a este planteamiento, estos Derechos-llámense Humanos o Fundamentales-se encuentran situados en dos planos diferentes: El primero, el de los derechos humanos, conteniendo todas aquellas exigencias acordes con la dignidad del hombre que deben ser reconocidas por la positividad a nivel nacional e internacional; y el segundo, el de los derechos fundamentales, haciendo referencia a aquellos derechos que ya existen en la positividad de cada estado, tal como el plano anterior exigía que fuera. Desde esta perspectiva, los derechos humanos proyectarían su connotación prescriptiva o deontológica a todo el orbe, mientras que los derechos fundamentales se encontrarían delimitados temporal y espacialmente por el ordenamiento jurídico de cada estado al que han sido incorporados. (Bustamante Alarcon, 2004: 79)

En este sentido el Derecho Constitucional protege al individuo contra el poder y, al mismo tiempo, proteja a esta contra la libertad. La organización y el control de estas dos fuerzas es, sin lugar a dudas, una invención de occidente. (Molina Bentancur, 2006: 34)

Como bien sabemos, toda teoría que busque abordar en forma cabal y completa el tema de los derechos fundamentales parte de intentar establecer una justificación en base de a la cual puede considerarse como fundamental a algún(os) derecho(s) y negarse a esa cualidad a otro(s). Al lado de ello, cualquier teoría que busque dar una respuesta general



sobre los derechos fundamentales reconoce que dichos derechos cuentan con unos elementos centrales para su configuración, aun cuando pueda no haber consenso en cuales son o en el sentido dado a cada caso en particular. Y junto con otras importantes precisiones, pareciera necesario anotar como parte de aquellos postulados que siquiera se consignen con la pretensión de constituirse en una teoría general sobre los derechos fundamentales, algunos que permitan establecer cómo deben enfrentarse situaciones de real o aparente colisión entre derechos fundamentales, o entre esos derechos y determinados bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. (Eloy Espinoza, 2005: 28)

Los Derechos Fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al estado. A todo derecho fundamental auténtico puede aplicarse lo que dice Richard Thomas: "Los afianzamientos de derechos fundamentales son estadios en el eterno proceso de flujo y reflujo ". Pero esto supone que el hombre, por virtud de su propio derecho "natural", entra en juego frente al estado, y, mientras haya de hablarse de derechos fundamentales, no puede desecharse por completo la idea de unos derechos del individuo, anteriores y superiores al estado. (Blancas Bustamante, 1999: 397)

Por lo que a diferencia, el derecho constitucional logra racionalarlo para que no se convierta en un simple instrumento de injusticia de desorden social; esto solo fue posible gracias a la política. Es decir la voluntad política se transforma en voluntad estatal, normativizada en el momento en que ella se integra en un sistema normativo, en el que se ejerce supremacía, tal como conocemos hoy la constitución como norma de normas. Esta se convierte en el producto final de su racionalización, sometiendo el obrar de las autoridades dentro de un marco político, que pretende desarrollar un determinado esquema de principios válidos en la sociedad. Se pregonan de esta forma la justicia, el orden, la libertad, como fines de deben ser alcanzados en el desarrollo de las relaciones políticas, y en su control evita las manifestaciones negativas de estos valores. (Molina Bentancur, 2006: 23)

Asumimos así la perspectiva que los derechos fundamentales se protegen por su importancia intrínseca, desechando la concepción de que ellos son fundamentales porque son protegidos. Los derechos fundamentales en cuanto tienen su fuente en la dignidad humana y en cuanto buscan el libre desarrollo de la persona, exigen del ordenamiento jurídico positivo su protección y garantía. De hecho, puede reconocerse la existencia de derechos fundamentales implícitos o de derechos que serán reconocidos en

el futuro como tales, dadas nuevas realidades del desarrollo de la existencia humana y de nuevos contextos de las sociedades políticas futuras. (Nogueira Alcala, 2009: 17)

Si bien en materia de Derechos Fundamentales es similar a la de los derechos Humanos, los derechos fundamentales son los derechos esenciales que se han recepcionado, cimentado y robustecido dentro de un ordenamiento constitucional y que están conformado por las libertades, que además de proteger la dignidad de la persona humana, son derechos objetivos que dan solidez a la sociedad y al estado. (Ortecho Villena, 2010: 21)

Ahora bien, desde una perspectiva dogmática la doctrina propone distintos conceptos de derechos fundamentales. Entre los principales, podemos destacar aquella que considera que los derechos fundamentales son aquellos reconocidos como tales por los ordenamientos jurídicos concretos, descartando sus estructuras antes que sus contenidos y cargas ideológicas o morales (Alexy); la que considera que se tratan de derechos morales que constituyen límites frente a las mayorías (Dworkin); o la que considera que se tratan de los derechos subjetivos garantizados por el derecho para todas las personas, ciudadanos o sujetos con capacidad de obrar, y que son indisponibles e inalienables (Ferrajoli). (Bastos Pintos, 2012: 196)

Por su parte el prestigioso jurista alemán Peter Habermas, al afirmar que los derechos fundamentales, como sistema objetivo y unitario de relevancia constitutiva para el conjunto de la constitución, puntualiza lo siguiente: En el orden constitucional de la ley fundamental, los derechos fundamentales tienen un doble valor: de un lado representan "valores supremos" y de otro permiten al hombre encontrar valores y actualizarlos, garantizándole el estatus de libertad. Los derechos fundamentales son la expresión al mismo tiempo de un ordenamiento libre ya realizado y al mismo tiempo son presupuestos para que se reconstruya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos. Agrega además que "Los derechos fundamentales tienen el rango bienes jurídicos constitucionales". Que "La función social es un elemento esencial del derecho y sobre todo de los derechos fundamentales". Que para los derechos fundamentales rige el principio por el cual el interés individual y la función social tienen un rango equivalente. (Ortecho Villena, 2010: 21)

Los derechos esenciales, fundamentales o humanos, no solo otorgan facultades a las personas y un status jurídico en un ámbito de la existencia, ellos también tienen una significación objetiva, son, como lo sostiene Schneider, la *conditio sine qua non* del estado constitucional democrático, ya que no pueden dejar de ser pensados sin que corra

un riesgo inminente del estado constitucional contemporáneo. Así, los derechos cumplen también funciones de gran importancia para los principios conformadores de la constitución. De esta forma, en el estado Constitucional democrático, los derechos operan como derechos de defensa frente al estado y los individuos, salvaguardando la dignidad de la persona y al mismo tiempo se objetivizan operando como elementos del ordenamiento objetivo, incorporando un orden axiológico objetivo, que en su condición de decisiones constitucionales básicas, vale para todos los ámbitos del derecho, proporcionando directrices para la legislación, la administración y la jurisprudencia. (Nogueira Alcalá, 2009: 43)

Es importante subrayar que atribuir a los Derechos Fundamentales una función objetiva no supone prejuzgar su carácter de "fines en sí mismos y la expresión de dignidad humana, se trata de asignarles además de su paso específico jurídico individual una significación que difícilmente puede sobre valorarse para la totalidad jurídico constitucional de la comunidad política. Esta nueva forma de entender los derechos fundamentales supone una evolución con respecto a la tradición liberal en la que surgen. Sin embargo la idea que los derechos desempeñan una función objetiva puede quedarse en afirmar que los derechos como normas constitucionales funcionan como criterios de validez de las normas jerárquicamente inferiores o directivas a los poderes constitutivos o puede implicar también que se niegue como hacen en Alemania Haberle Y Habermas la existencia de una auténtica contraposición entre los intereses, bienes, necesidades individuales –cuya garantía constituye la función subjetiva- y los intereses generales que se atribuyen al estado. El primer supuesto no tiene por qué suponer una alteración de la concepción liberal de los derechos; en el segundo modelo de relación individuo-estado ésta deja de ser liberal. (Barranco, 2009: 35)

Entre las principales características de los Derechos Fundamentales podemos citar su fuerza normativa, su posición preferente en el conjunto ordinamental, su carácter inspirador y director de la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas y demás actos jurídicos en general, así como la especial protección de la que son objeto, tanto a nivel normativo (por ejemplo a través de la normas que explícitamente dan cuenta de su fuerza vinculante), jurisdiccional (como los procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo) e institucional (a través de organismos especiales como la Defensoría del Pueblo). (Bustamante Alarcon, 2004: 95-96)

#### 2.1.2.4 Recurso de Agravio Constitucional

El más clásico de los recursos es aquel por el cual, tras la sentencia de primera instancia, las partes tienen la posibilidad de apelar la resolución emitida. Pero, más aún, el constituyente consideró otro adicional para el caso de los procesos constitucionales de libertad, el cual merece ser entendido como parte de la teoría de los medios impugnatorios: este es el recurso de agravio constitucional (RAC). Este tipo de recurso tiene su fundamento en lo señalado por la norma fundamental, en el inciso 2) del artículo 202. La regulación de este tipo de recurso se ve complementada por el artículo 20 del Código Procesal Constitucional, cuando expresa con claridad los plazos para su actuación (veinte días para los procesos de hábeas corpus y treinta para el resto) (STC Exp. N°2877-2005-HC/TC; 11/07/2006; f.j. 6). (Mesía Ramírez, 2009: 42)

Contra la resolución de segundo grado, emitida por la Sala Superior o Suprema del Poder Judicial, según sea el caso, que declara infundada o improcedente la demanda, procede el Recurso de Agravio Constitucional (recurso extraordinario, nominación según ley N° 23506), ante el Tribunal Constitucional, teniendo para ello diez (10) días (quince (15) días según la ley N° 23506), que se cuentan del día siguiente de notificada la resolución. De concederse el recurso, el Presidente de la Sala, remitirá al Tribunal Constitucional el expediente, teniendo para ello (03) días de plazo, más el término de la distancia, bajo responsabilidad. La anterior legislación, establecía como plazo (05) días para estos efectos. Este recurso procede contra la denegatoria del hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data, sólo corresponde al accionante, en el caso que el fallo le fuera desfavorable. De ninguna manera podría usar de este recurso el demandado. (Tupayachi Sotomayor, 2009: 256)

Así, para el Colegiado Constitucional resulta importante destacar la configuración del Recurso de Agravio Constitucional como instrumento de protección superlativa de los derechos fundamentales, con esa finalidad se adoptó como precedente vinculante en la STC recaída en el Exp. N° 02877-2005-PHC/TC, los supuestos para lo cual sería útil, en un primer lugar el RAC: la determinación de la tutela objetiva de los derechos fundamentales (en casos, en los que por ejemplo, se habría producido la sustracción de la materia, el Tribunal dispuso medidas para que se investigue el acto lesivo, por si resultaba de la comisión de un ilícito penal, así como medidas para evitar que el acto lesivo se vuelva a perpetrar). Establecer los efectos de la tutela subjetiva de derechos fundamentales (en estos casos el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, contra resoluciones que siendo estimatorias de la pretensión, no han tutelado efectivamente los

derechos alegados). Pronunciarse sobre excepciones deducidas al interior de un proceso constitucional y que han sido declaradas fundadas en las instancias previas. Otorgar pagos accesorios, como intereses o devengados (este supuesto fue desechado en esta sentencia, pero luego fue recogido por la STC Exp.Nº 5430-2006-PA/TC). Que el Tribunal analice si tiene competencia, y cuál es el alcance de esta, para pronunciarse sobre una resolución de segunda instancia que llega a su conocimiento, si se verifica que se ha producido un vicio procesal. Así lo dispone el artículo 20 del Código Procesal Constitucional. Y por ultimo para controlar si la demanda se refiere al contenido constitucionalmente protegido del derecho que se alega. (Salinas Cruz, 2010: 42)

Es de notar que si bien la Constitución nace en un momento específico por voluntad del constituyente, mantiene su vigencia a través de su conexión con contexto socio-político, lo cual quiere decir que una Constitución será actual en tanto sirva de cause para que los hechos mutables en la historia se hayan adoptado a ella y esta logre incorporarlos. Por ende el recurso de agravio constitucional debe significar una forma no exactamente de restringir arbitrariamente las prerrogativas de intervenir en ciertos procesos constitucionales de la libertad, sino más bien de compatibilizar correctamente las atribuciones constitucionales y un efectivo resguardo de los derechos de la población. (Mesía Ramírez, 2009: 42).

### 2.1.3 Procesos Constitucionales

#### 2.1.3.1 Origen

Una materia fundamental para el ordenamiento constitucional y jurídico en general es el de las garantías constitucionales. Escribe Domingo García Belaúnde que el término "garantías constitucionales" tiene en el Perú y en gran parte de América Latina un doble significado: "El primero es el referente clásico y hoy anticuado, que lo hace equivalente a normas generales, principios o derechos de las personas, provenientes de la tradición Francesa, filtrados por el constitucionalismo Español. El segundo significado es el moderno, el cual entiende como garantía algo accesorio, de carácter instrumental y en consecuencia relacionado con la parte procesal del derecho, en este caso el derecho constitucional. Debe recordarse que el constitucionalismo peruano, hasta antes de la dación de la Carta d 1979, utilizo indistintamente el término "garantías constitucionales" para referirse tanto a los derechos fundamentales de la persona como a las posibilidades procesales de su defensa. Con la Constitución de 1979 se ingreso a una era de modernización doctrinaria, lo que permitió que se distingan nítidamente los instrumentos procesales, a los que se denominó, precisamente, "garantías constitucionales", de los

derechos fundamentales de la persona, contenidos en la parte dogmática del texto constitucional. (Instituto de Capacitación y Desarrollo, 2012: 85)

El propio Domingo García Belaúnde nos señala en otra de sus obras, que la incorporación del hábeas corpus inglés a los ordenamientos de los nacientes Estados latinoamericanos... no fue mecánica ni tampoco constituyó una copia servil, sino que por el contrario, la adoptaron y la refundieron con su problemática y la hicieron encajar dentro de sus instituciones que estaban basadas en esquemas de inspiración romanista..., de tal suerte que, siguiendo al mismo autor, actualmente bien se podría hablar de un modo original de hábeas corpus que consiste en Inglaterra y que incluso ahora es denominado high prerogative writ en dicho país y de un hábeas corpus latinoamericano, con matices propios en cada país de esta región, que han sido producidos como consecuencia de las diversas realidades políticas surgidas en ellos desde el siglo XIX hasta la actualidad. (Blume Fortini, 2009: 114)

En el Perú la Constitución de 1993 consagra expresamente un total de siete procesos constitucionales (aunque, atendiendo a su finalidad, la doctrina ha discutido la conveniencia de calificar a algunos de ellos como tales): a) el Proceso Hábeas Corpus; b) el Proceso de Amparo; c) el Proceso de Hábeas Data; d) el Proceso de Cumplimiento; e) el Proceso de Acción Popular; f) el Proceso de Inconstitucionalidad; y, g) el Proceso Competencial. (Bastos Pintos, 2012: 355)

La constitución expone un conjunto de valores, principios, categorías, instituciones y normas que modelan un tipo de sociedad política y que por ende, reconoce, protege y promueve el efectivo goce de los derechos fundamentales de la persona, así como regula la organización, funcionamiento y competencias del estado. (Tupayachi Sotomayor, 2009: 37)

#### 2.1.3.2 Noción Jurídica

Se encuentra en el desarrollo del pensamiento de Sagues, que en torno al proceso constitucional, que el abordaje de su concepto no están sencilla, desde que se presentan dos tendencias contrapuestas, que responden a la doctrina material y a la doctrina orgánica, respectivamente. Para la primera, siguiendo también al procesalista argentino Jorge Peyrano citado por Sagues, los procesos constitucionales se ocupan sustancialmente de tutelar la supremacía constitucional y los derechos públicos subjetivos, entendiéndose por tales...un conjunto de actos relacionados entre sí y de índole teológica, realizado por o ante la Magistratura Constitucional, y que permite

desarrollar la actividad jurisdiccional constitucional. Para la segunda, es en el sendero marcado por el maestro español Jesús González Pérez, el proceso debe definirse en virtud del órgano encargado de pronunciarse. En resumen, en lo que respecta al proceso constitucional, Sagues conceptúa que en sentido propio es aquel referido inmediatamente a la constitución y no inmediatamente a ella, que viene rotulado y conceptualizado por la materia y no por el órgano que conoce de él. (Blume Fortini, 2009: 84-85)

Precisamente el Código Procesal Constitucional (artículo II del título preliminar) ha establecido que los procesos constitucionales tienen como finalidad, por un lado, garantizar el principio jurídico de la supremacía de la constitución (artículo 51 de la constitución) y, por otro preservar la observancia de la vigencia de los derechos fundamentales de la persona (artículo 1 de la constitución). (César Landa, 2010: 58)

Como vemos, tanto en el Código como el Tribunal Constitucional apuntan a una fórmula en la que los procesos constitucionales se erigen en medios de resguardar adecuadamente los derechos fundamentales, con lo cual se determina una finalidad concreta que se extiende a los procesos de la libertad y orgánicos, presupuesto que dirige la actividad del juzgador Constitucional para evaluar los presupuestos que arriban a su despacho y que exponen la presunta transgresión de los derechos y principio establecidos en la Carta Política del Estado. (Acosta Meléndez, 2010: 62)

Los procesos de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data, tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de acto administrativo (Art. 1 del Código, primer párrafo). (Ortecho Villena, 2004: 89)

Instauración de procesos específicos para tutela de los derechos fundamentales ha constituido uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. Ello se explica porque en los procesos constitucionales se busca no solo la protección de los derechos fundamentales, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo, de ahí que se ha señalado que dicho procesos deben ser capaces de comprender no solo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la constitución. La doctrina constitucional comparada ha establecido que existen básicamente dos tipos de procesos constitucionales; en primer lugar están los procesos destinados al afianzamiento de los derechos fundamentales, en segundo lugar, los procesos constitucionales que aseguran la supremacía de la constitución. (César Landa, 2010: 57)

Si bien todos los derechos son objeto de protección y garantía por parte del Estado a través del órgano competente, esto es el poder Judicial, existen ciertos derechos que por su especial consideración que tienen en el ordenamiento legal se les ha otorgado determinados mecanismos de protección. Así cuando nos referimos al objeto de las acciones de garantía se consagra nuestra novísima norma Procesal Constitucional, está destinada a la protección de los derechos constitucionales, entendidos estos no solamente por aquellos recogidos en la norma Constitucional, sino también aquellos consagrados en los Tratados y acuerdos que sobre Derechos Humanos ha suscrito nuestro país, no solamente por que así lo consagra la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Vigente, y además por cuanto los Tratados Internacionales en el que el Perú integran nuestro derecho nacional. (Rioja Bermúdez, 2006: 83)

#### 2.1.3.3 Tipos

El Derecho Procesal Constitucional tiene naturaleza eminentemente pública, no solo en razón de ser una rama del derecho procesal, que regula la función jurisdiccional del Estado en materia constitucional, sino, como lo sostiene con acierto María Asunción García Martínez "... por su configuración en torno a una función pública concreta que actúa un determinado órgano constitucional configurado como poder en sentido estricto. En esta lógica, Vezio Crisafulli, citado en un interesante trabajo del célebre maestro Louis Favoreu, señalaba ya en 1968 que el Tribunal Constitucional "...permanece fuera de los poderes estatales tradicionalmente conocidos: forma un poder independiente cuyo papel consiste en asegurar el respeto de la constitución en todos los campos. (Blume Fortini, 2009: 108)

Luis R. Saénz Dávalos, señala que el "Código Procesal Constitucional" recoge la tradicional distinción y clasificación (desarrollada por Capelleti y Fix-Zamudio) entre los procesos constitucionales: a) Procesos constitucionales de la libertad : Algunos procesos constitucionales tienen por objeto inmediato defender los derechos fundamentales de la persona frente a actos, omisiones o amenazas provenientes de cualquier autoridad, funcionario o persona, como ocurre con: el Hábeas Corpus, el Amparo, el Hábeas Data, o en cierta medida, con el Proceso de Cumplimiento. El Proceso Constitucional de la Libertad es un proceso en el que por encima de cualquier cosa priman los objetivos de la parte reclamante. La finalidad o fondo del proceso se sobrepone a la forma en la que este se tramita; si hay conflicto entre la forma y el fondo prevalece este último, porque lo principal es que los derechos vulnerables o amenazados retornen a su estado original. b) Procesos Constitucionales Orgánicos: Mientras otros procesos constitucionales tienen



por objeto preservar la regularidad funcional o el ejercicio debido de las competencias reconocidas sobre los órganos de poder, como ocurre con: el proceso de Institucionalidad, el proceso de Acción Popular o el Proceso Competencial. En el Proceso Constitucional Orgánico (v.gr., el de inconstitucionalidad), salvo que la norma disponga lo contrario, son tan importantes la forma como el fondo. Precisa Saénz Dávalos que en los procesos constitucionales orgánicos debe respetarse, como regla general, la objetividad en la tramitación (en estos procesos, el respeto de la formalidad es requisito sine qua non o indispensable). En cambio, en los procesos constitucionales de la libertad, la forma procedimental se toma en cuenta solo en tanto y en cuanto no se perjudique a la parte reclamante (en estos procesos hay una flexibilidad en la observancia de la formalidad, pues la materia reclamada o el fondo se impone a la forma). (Alfaro Pinillos, 2007: 59)

Cabe precisar que los procesos constitucionales tienen una doble dimensión una subjetiva y otra objetiva. Por la primera los procesos constitucionales son el instrumento de protección adecuado para que las personas puedan solicitar la tutela de sus derechos fundamentales. Por la segunda se resalta la finalidad de los procesos constitucionales, al ser una garantía para la supremacía de la constitución y para la vigencia de los derechos fundamentales. En este sentido el TC ha señalado que: " (...) El proceso constitucional, a diferencia de la generalidad de procesos ordinarios en los que se dilucida la confrontación de intereses netamente subjetivos, no agota su virtualidad en dicha dimensión. Sino que la trascienden en procura también de una finalidad objetiva, destinada a asegurar, de la manera más eficaz posible, la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), entendidos no solo como derechos subjetivos, sino también como el compendio de valores en los que se debe sustentar tanto el ordenamiento jurídico, como la convivencia social ". (Salinas Cruz, 2008: 207)

Los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales hallan su fundamento en el doble carácter de dichos derechos. En efecto, los derechos los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos, sino también instituciones objetivas. En esta última dimensión, los derechos fundamentales comportan valores que informan todo el ordenamiento jurídico; de ahí que su tutela y protección no solo sea de interés para la persona titular de ese derecho, sino para la colectividad en general, pues su transgresión implica un cuestionamiento al propio ordenamiento constitucional. (César Landa, 2010: 58)

Una recogida por la denominada doctrina material, para la cual los procesos constitucionales "... se ocupan sustancialmente de tutelar el principio de supremacía constitucional ( meta principal) y de proteger los derechos públicos subjetivos", en la cual se encuentran los procesos denominados de Amparo, de Hábeas Corpus, de Inconstitucionalidad, Competencial, de destitución de autoridades públicas y de exequibilidad, entre otros; doctrina material en la que, para Sagues, también se podrían comprender los procedimientos constitucionales de destitución de autoridades públicas, los de solución de conflicto de poderes y de dilucidación de otros asuntos gubernativos de competencia. (Blume Fortini, 2009: 110)

Dos temas novedosos que hemos ubicado dentro de los procesos constitucionales orgánicos son los que plantea Mijail Mendoza Escalante, respecto del control de constitucionalidad sobre un ámbito de normas –las privadas. El primero " Las normas privadas y el problema de su control de constitucionalidad", es desarrollado a partir de dos aspectos centrales, la presencia y legitimidad d estas normas en el sistema de fuentes de estado constitucional y el problema de su control de constitucionalidad; segundo, " El control de la constitucionalidad de normas estatutarias privadas en el ordenamiento jurídico peruano, tema específico referido a normas también específicas: las estatutarias. En este contexto, se precisa la forma en la que se habría de articular jurisdiccionalmente tanto el control abstracto como el control concreto de la constitucionalidad de dichas normas.(Castañeda Otsu, 2004: 562)

De este modo nuestro Tribunal Constitucional ha señalado"... debe recordar que la finalidad de los procesos constitucionales, como el amparo es la de proteger derechos de naturaleza constitucional y no de otra clase. Para estos efectos, se entiende por derechos constitucionales los derechos subjetivos que, o bien han sido reconocidos expresamente por la constitución, o bien se tratan de atributos que, por su carácter esencial y desprenderse de principios jurídicos medulares del ordenamiento, pueden considerarse como tales, aun cuando la Constitución no los haya reconocido expresamente, conforme lo dispone el artículo 3 del Texto Constitucional. EXP. N° 375-2000-AA/TC. (Rioja Bermúdez, 2006: 84)

En la jurisprudencia constitucional se ha precisado que la naturaleza de los procesos constitucionales es distinta a la de los procesos ordinarios bajo los siguientes criterios. Los fines: en un proceso ordinario a diferencia de un proceso constitucional, la finalidad no es la garantía de la supremacía de la constitución y no necesariamente tutelan derechos fundamentales. La actuación del juez: el juez constitucional actúa conforme a la

finalidad de los procesos constitucionales, limitando su actuación de las partes, mientras que en un proceso ordinario la actuación del juez no puede exceder la voluntad de las partes. Los principios que inspiran el proceso. Si bien es cierto, un proceso constitucional se inspira en algunos principios procesales del proceso civil, también es cierto, que además lo inspiran aquellos que permitan la mejor tutela de los derechos fundamentales, como: pro actione, impulso oficioso, entre otros. Los procesos constitucionales a diferencia de los ordinarios, constituyen tutela de urgencia. (Salinas Cruz., 2008: 207)

#### 2.1.4 El Proceso Constitucional de Acción de Amparo

##### 2.1.4.1 Origen

El Amparo, calificado a veces como un juicio y otras veces como un recurso, nace en México a mediados del siglo XIX como un aspecto de la revisión judicial norteamericana. Los creadores de esta institución en el ordenamiento mexicano fueron Manuel Crescencio Rejón en la Constitución del estado Yucatán de 1841, Mariano Otero en el documento llamado Acta de Reformas expedida en mayo de 1847, y finalmente los constituyentes de 1856-1857. Que la consagraron definitivamente en la constitución Federal de febrero de 1857, y así lo reconocen de manera expresa, en el sistema judicial Norteamericano. (Prada Córdova, 2005: 131)

El Amparo es, a diferencia del Hábeas Corpus, una institución latinoamericana, pues tiene su origen en México, país que lo consagró, por primera vez, en la Constitución del Estado de Yucatán el 16 de mayo 1841. Posteriormente fue incorporada en el texto de la Constitución Federal de México de 1857 y perfeccionada en la Constitución de Querétaro. Inicialmente el juicio de amparo, como se conoce en México, estuvo circunscrita únicamente a la protección de los derechos individuales de la persona humana. Posteriormente se constituyó en el remedio procesal de garantía de la Constitución contra los actos de cualquier órgano del Estado que la vulnere. (Humberto Henriquez, 2001: 155)

Teniendo en consideración la normatividad vigente, el Amparo es una acción que da lugar a un proceso, constitucional sumario, que se sigue ante el juez civil o ante la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente, dirigido a restituir cualquier derecho reconocido por la Constitución a excepción de la libertad personal y de los derechos informáticos; que haya sido vulnerado o amenazado por cualquier autoridad, funcionario o persona. La idea fundamental es el restablecimiento de las libertades o de los derechos constitucionales, que hayan sido objeto de un exceso o abuso de parte de las autoridades

y funcionarios y aun provenientes de personas particulares, restablecimiento que debe hacerse en forma muy breve. (Ortecho Villena, 2004: 131)

Una de las novedades introducidas por el nuevo Código es la finalidad de la Acción de Amparo. Así, el amparo no solo servirá para reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio. Además será procedente en aquellos casos en que la agresión o amenaza cese luego de presentada la demanda o cuando la agresión se vuelva irreparable. En efecto, atendiendo al agravio producido, en estos casos el juez declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión y disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda. De esta manera, el código deja claro que la amenaza o violación de derechos constitucionales constituye un serio agravio a las bases del sistema jurídico, motivo por el cual ha extendido el ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que cese el agravio o cuando este se vuelva irreparable cuando el proceso se encuentra en trámite, atendiendo al agravio producido. (Santa Maria Mecq, 2005: 103)

La constitución 1993. Estableció en su artículo 69 que todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la constitución dan lugar a la acción de Hábeas Corpus. Decreto ley N° 20554 (12/03/74). Se creó dentro del fuero privado agrario, el recurso de Amparo, para proteger a los propietarios de tierras indebidamente expropiadas para fines de la reforma agraria, el cual era revisado en instancia única por el Tribunal Agrario. Este amparo agrario servía para defender el derecho de propiedad de los afectados por la expedición del decreto supremo que disponía la afectación de la propiedad agrícola para fines de reforma agraria o de declaración de abandono de tierras; recurso que efectivamente operó, pero que fue finalmente desactivado en 1980, al entrar en vigencia la Constitución con otros alcances, y, que además, dispuso la reunificación de los fueros privativos dentro del poder judicial. (García Carrasco, 2006: 155)

Recién en el año 1963, se incluye en la ley 14605. Ley Orgánica del Poder Judicial, una norma que en forma muy general, señalaba el procedimiento. El art. 7º de dicha ley, dice lo siguiente: " La acción que concede el art. 133º de la Constitución, se ejercitará ante el poder judicial y se sustentará en la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con la intervención del Procurador General de la República en representación del Estado". No obstante la existencia de tal norma, las poquísimas ejecutorias que se expidieron fueron adversas, señalándose que para comprender la acción popular, se requería tener interés

legítimo en dicha acción, sentido jurisprudencial que desnaturaliza la acción. (Castañeda Otsu, 2003: 189)

#### 2.1.4.2 Noción Jurídica

Se ha definido al Amparo como una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales destinados a la libertad física (que está protegida por el hábeas corpus), que tiene un ámbito diferente del de los procesos ordinarios, por cuanto estos –por su propia naturaleza- no pueden satisfacer la urgencia de la restauración de los derechos presuntamente conculcados, lo cual es un elemento esencial en el proceso de amparo. (Dalla Via, 1999: 25)

El Amparo, es una institución procesal que tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, con excepción de aquellos que protege el Hábeas Corpus y el Hábeas Data. Su ámbito de aplicación es mucho amplio que el de los demás procesos constitucionales. Garantiza, por tanto, derechos de primera generación (civiles y políticos), de segunda generación (sociales, económicos y culturales) y de tercera generación (derechos difusos o de solidaridad). Como garantía de los derechos de segunda generación, su eficacia es relativa debido a que estos son de aplicación progresiva, de acuerdo a la disponibilidad presupuestal de los estados, que como sabemos siempre son deficitarios. (Humberto Henríquez, 2001: 156)

Este instituto procesal constitucional destinado a cautelar los derechos constitucionales no relacionados con la libertad individual o la intimidad personal y familiar surgió en México con la Constitución de Yucatán promulgada el 16 de mayo de 1841, debido a la inspiración de Manuel Crescencio Rejón. (García Carrasco, 2006: 155)

El Proceso de Amparo es un proceso constitucional previsto en el artículo 200 inciso 2 de la Constitución, que se encarga de la tutela de los derechos constitucionales no protegidos por otros procesos constitucionales, frente a la vulneración o amenaza cierta e inminente por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona de la que fueran objeto. (Bastos Pintos, 2012: 356)

El artículo 200 inciso 2 de nuestra Constitución, señala que el Proceso de Amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución que no sean la libertad individual o sus derechos conexos. Asimismo, dicha disposición establece que el amparo no procede contra las normas legales, ni contra las resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. La primera parte del precitado artículo 200, señala

que el amparo procede frente amenazas o vulneraciones dirigidas contra derechos constitucionales distintos de la libertad individual y sus derechos conexos. No siendo necesario que la amenaza todavía no se haya concretado en un hecho real, porque basta que dicha amenaza sea de inminente realización. Esto quiere decir que basta que exista la certeza que se concrete dicha, para que la persona que se considere lesionada con su efectivización recurra al amparo. La segunda parte de esta disposición, señala que el amparo "no procede contra las normas legales ni contra las resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular". Es decir, que quien se considere lesionado en su derecho no puede interponer una demanda de amparo, cuando la sentencia haya sido dictada en un proceso legal. (Prada Córdova, 2005: 133)

Como todo proceso constitucional, el proceso de amparo presenta dos dimensiones: subjetiva y objetiva. La dimensión subjetiva apunta a la tutela de los intereses individuales de un sujeto cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados. Por su parte, desde la dimensión objetiva, se trata de que el procedimiento que se emita trascienda el interés individual en el que incide la dimensión anterior y se encargue más bien de formular una interpretación de la Constitución con la finalidad de contribuir y clarificar o resolver un litigio o duda constitucional. Ambas dimensiones de los procesos constitucionales se integran por lo que tiene un doble carácter, que es a su vez correlato de la doble dimensión de los derechos fundamentales (subjetiva, como facultad de hacer o no hacer atribuida a las personas, y objetiva, como pauta de creación, interpretación y aplicación del derecho). (Bastos Pintos, 2012: 356)

A diferencia del Hábeas Corpus, el Amparo si requiere de unas formalidades mas rígidas pero no por ello la deberían convertir en una institución tan lenta y pesada que retarde la protección de los derechos y libertades distintos a la libertad individual. Con relación a la legitimidad procesal, el código establece que el ciudadano afectado es quien debe interponerla; sin embargo también se incluyen algunas excepciones, cuando por ejemplo puede ser interpuesta por cualquier persona si existe violación o amenaza a los derechos del medio ambiente, conocidos también como de la tercera generación o de intereses difusos. Asimismo, al igual que el hábeas corpus, la defensoría del pueblo también puede interponer esa acción de garantía de los derechos fundamentales de acuerdo con la constitución. Como adelantamos la fragmentación de la acción de amparo producto de la inclusión de nuevas garantías constitucionales, como hábeas data y la acción de cumplimiento, suponen reducir su ámbito de aplicación; en este sentido, el derecho a la intimidad reconocido por el artículo 2, incisos 5 y 6, de la Constitución Peruana no son ya protegidos por esta institución sino por el hábeas data. (Hakasson Nieto, 2009: 150)

El Proceso de Amparo es el mecanismo constitucional que tiene por finalidad asegurar a las personas el pleno disfrute de sus derechos constitucionales, protegiéndolos de toda restricción o amenaza ilegal o arbitraria por órganos estatales o de otros particulares, con excepción de las libertades amparadas por el Hábeas Corpus y el Hábeas Data. (García Carrasco, 2006: 156)

La Acción de Amparo, es una garantía que se desenvuelve mediante un proceso constitucional con sus propios objetivos, características y procedimiento, que en nuestro país, se ha adaptado con cierta facilidad y ha venido aplicándose durante veinticuatro años más o menos, desde que se promulgó la Ley 23506 de la constitución de 1979. Esta norma legal le sobrevivió a dicha Constitución y siguió sirviendo a la constitución de 1993, cuyo artículo 200 inciso 2, volvió a establecerla. Ahora se adecua al Código Procesal Constitucional, que la contempla en su Título III y abarca desde el art. 37 al 60. (Ortecho Villena, 2004: 131)

De acuerdo al artículo 200 inciso 2 de la Constitución de 1993, el amparo procede contra el hecho o la omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos distintos a la libertad individual y a los tutelados por el hábeas data. En términos generales, la carta vigente mantiene el diseño previsto por la constitución de 1979; no obstante existen algunos aspectos que resulta relevante desarrollar tomando en cuenta los aportes efectuados por la jurisprudencia, particularmente, del Tribunal Constitucional. (Instituto de Capacitación y Desarrollo, 2012: 94)

#### 2.1.4.3 Requisitos

Su naturaleza es procesal: al igual que la acción de Hábeas Corpus, no crea derechos, solo los garantiza dentro de un proceso, es sumario: su trámite es breve, aunque no tanto como el Hábeas Corpus. En nuestro país, esta institución ha sido desnaturalizada debido al uso indiscriminado que se ha dado, su objeto es reparador: busca restablecer el derecho amenazado o vulnerado a su estado anterior y es una institución de derecho público: su origen es, al igual que el Hábeas Corpus constitucional. (Humberto Henríquez, 2001:157)

La Constitución la denomina acción de garantía: es un mecanismo procesal que implica una demanda y el desenvolvimiento de estadios con una determinada secuencia. De allí que resulta incorrecto hablar de un recurso, como se ha denominado anteriormente, tanto en el Perú como en otros países. Debemos recordar que el término recurso se reserva

para los medios impugnativos que se emplean contra resoluciones. (Ortecho Villena, 2004: 133)

La primera parte del precitado artículo 200, señala que el Amparo procede frente a las amenazas o vulneraciones dirigidas contra los derechos constitucionales distintos de la libertad individual y sus derechos conexos. No siendo necesario que la amenaza todavía no se haya concretado en un hecho real, porque basta que dicha amenaza se de inminente realización. Esto quiere decir que basta que exista la certeza que se concrete dicha, para que la persona lesionada con su efectivización recurra al amparo. La segunda parte de esta disposición, señala que el amparo "no procede contra las normas legales ni contra las resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular". Es decir, que quien se considere lesionado en su derecho no puede interponer una demanda de amparo, cuando la sentencia haya sido dictada en un debido proceso legal. (Prada Córdova, 2005: 134)

Es un mecanismo jurisdiccional constitucional. (por ser un instrumento procesal que implica el movimiento de la actividad jurisdiccional del estado). Tiene naturaleza jurídica procesal (dado que es un proceso, en la medida que hay presencia de sujetos, conjunto de actos procesales coordinados y se tiende a la solución de un conflicto donde hay violación del derecho constitucional). Tiene un procedimiento sumarísimo. (es un procedimiento breve. No tiene etapa probatoria, busca restablecer el derecho vulnerado o amenazado en forma rápida. Sus términos son muy cortos, no admitiéndose articulaciones, con trato preferente por parte de los Jueces). Defiende los derechos constitucionales con excepción de la libertad personal y el derecho a la intimidad personal y familiar. Es subsidiario o residual, por cuanto no procede cuando existen "vías procedimentales igualmente satisfactorios" del derecho constitucional vulnerado. (García Carrasco, 2006:157)

La justicia ordinaria es competente para conocer en primera y segunda instancia los procesos de Amparo y el Tribunal Constitucional para, vía un recurso extraordinario, revisar estas decisiones judiciales, en materia de derechos fundamentales tutelados. Ésta sólo es factible de interponerse cuando concurren tres supuestos sustantivos: a) Se afecta un derecho fundamental previsto o no en la Constitución, según se colige de su artículo 3, pero distinto a la libertad individual y derechos constitucionales conexos a ella, así como, el derecho de acceso a la información pública y al desarrollo a la autodeterminación informativa. b) El hecho lesivo se produce en función de un acto comisivo u omisivo de cualquier autoridad, funcionario o persona natural o jurídica, como



podría ser la expedición de una ley, de una resolución judicial, de un acto administrativo de autoridad o funcionario o de una orden, acto o disposición de un particular. c) No exista otro medio de defensa del derecho fundamental afectado en el orden constitucional o que existiendo en el orden legal por la vía extraordinaria del amparo se trate de evitar de modo urgente un daño irreparable. Por ello, en principio, el amparo debe ser un proceso subsidiario que no reemplace a otros medios ordinarios de defensa judicial. (Landa Arroyo, 2003: 202)

#### 2.1.4.4 Agotamiento de la Vías Previas

El artículo 45 del Código Procesal Constitucional, agotamiento de las vías previas: el amparo sólo procede cuando hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. (García Toma, 2008: 93)

Respecto de la excepción deducida, si bien el artículo 27 de la ley N° 23506 establece que solo procede la acción de amparo cuando se haya agotado la vía previa, el artículo 28 inciso 2, precisa que no es exigible cumplir tal requisito en caso de que su cumplimiento pudiera convertir en irreparable la agresión. El Tribunal Constitucional considera que tal exigencia, en el presente caso, es irrazonable, puesto que habría que esperarse su cumplimiento, lo cual postergaría el ejercicio del derecho a la educación del beneficiario y particularmente, el de matricularse y estudiar en el año escolar correspondiente, por lo que la excepción deducida debe ser desestimada. EXP. N° 0052-2004-AA/TC. F.J.1. (Rioja Bermúdez, 2006: 549)

De acuerdo con nuestro ordenamiento, los actos que agotan la vía administrativa son: a) el acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa. Si un funcionario inferior en la escala administrativa dicta un acto administrativo agravante para el interés del administrado, le corresponde a éste recurrir mediante apelación al superior. El agotamiento se produce con el pronunciamiento de la autoridad administrativa superior que conoce y resuelve la controversia. b) el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de recurso de apelación o un recurso de revisión la decisión, interpuesto ante el superior jerárquico existe una inactividad o pasividad por parte de este último, ello de ninguna manera puede perjudicar al administrado postergando su acceso a la tutela efectiva. Por tanto en el caso que el superior jerárquico no resuelva el recurso dentro del plazo establecido, debe entenderse que dicho recurso ha sido denegado, y por consiguiente debe considerarse agotada la vía administrativa. c) El acto que declara de

oficio la nulidad de otros actos administrativos.- Mediante nulidad de oficio, la Administración Pública puede eliminar los actos viciados señalando como causal para ello inclusive sus propias deficiencias, cuando son lesivos al interés general. Como consecuencia de ello, procede anular estas decisiones sin solicitud previa por parte de los administrados. La Administración Pública puede declarar de oficio la nulidad del acto administrativo, aún cuando haya quedado firme, siempre que éste agravie el interés público. La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se trata de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por el mismo funcionario. La ley otorga a la Administración Pública el plazo de un año, contando a partir de la fecha en que haya quedado consentido el acto administrativo, para que puede ejercer la facultad de declarar la nulidad de oficio en sede administrativa (artículo 202.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General). En este sentido, se considera agotada la vía administrativa cuando es la propia, Administración la que anula de oficio su acto administrativo. d) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.- Existen organismos autónomos que cuentan con la facultad de decisión en última instancia administrativa sobre cuestiones de su competencia y que se encuentran sometidos a ulterior control jurisdiccional por parte del Poder Judicial. Es el caso de organismos como la Superintendencia de Bancas Y seguros, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad del INDECOPI, Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), entre otros. Contra los actos administrativos emitidos por dichos Tribunales no cabe interponer recurso alguno en la vía administrativa. (Santa María Mecq, 2005: 105-106)

Se acoge el principio favor processum, llamado también pro actione, en materia de agotamiento de la vía previa, aun cuando, por su importancia, puede decirse que tal principio está inserto en la concepción del Proyecto. El referido principio orienta la actuación de un juez en el sentido de que cuando tenga duda sobre la interpretación de una norma o de una institución en que la discusión jurídica verse sobre concluir el proceso o continuarlo, debe elegir está última opción, en tanto que con ella está asegurando la vigencia de una tutela procesal efectiva. En el caso concreto, se norma que existe duda sobre la ocurrencia o no del agotamiento de la vía previa, esta debe considerarse agotada (artículo 45). (Valle-Riestra, 2005: 724)

Las vías paralelas, por el contrario, son aquellos procesos ordinarios y especiales de un determinado orden jurídico procesal, que no obstante ser diferente en cuanto al procedimiento procuran al justiciable la consecución de un mismo resultado práctico. La

diferencia entre vías previas y vías paralelas, esta en que las vías previas son de carácter administrativo; en tanto que las vías paralelas son de naturaleza judicial. Las vías paralelas supone la existencia de hasta dos vías (la vía común u ordinaria y la vía constitucional), quien recurre a la vía común no puede intentar la vía constitucional.( artículo 5 inciso 3 del Código Procesal Constitucional). (García Carrasco, 2006: 164)

La procedencia del Proceso de Amparo deriva también, como presupuesto, que se cumpla con acudir a todos aquellos procedimientos que hayan sido regulados como previos para, solo luego de ellos, acudir al proceso de amparo, aunque en la actualidad se permiten excepciones a dicha regla general de agotamiento de la vía previa. De igual manera, con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo ha devenido en subsidiario, por lo que para que proceda debe verificarse previamente si existe una vía específica igualmente satisfactoria (en los términos del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional) para el derecho cuya vulneración o amenaza se invoca. De existir dicha vía, resultaría improcedente la demanda de amparo. (Bastos Pintos, 2012: 359)

En este sentido, para agotar la vía previa se requiere que el afectado siga el procedimiento pre establecido por la ley administrativa, obteniendo un pronunciamiento definitivo por parte de la administración. Para habilitar la procedencia de cualquier acción de amparo contra un acto administrativo es indispensable efectuar un reclamo previo ante las propias dependencias hasta agotar la vía administrativa. (Santa María Mecq, 2005:104)

No será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución. (García Toma, 2008: 93)

## 2.1.5 Proceso Constitucional de Hábeas Corpus

### 2.1.5.1 Origen

El antecedente más remoto del Hábeas Corpus, lo encontramos en el Imperio Romano, con el Interdicto "home libero exhibendo", que tenía por objeto exhibir al hombre libre que se retiene con dolo y se otorgaba contra todo particular que restringiera en su libertad a una persona que tenía derecho al goce de ella, para que inmediatamente lo presentara al

Pretor quien decidiría la buena o mala fe con que había procedido el demandado. Este interdicto se encontraba regulado en la parte sexta del digesto o pandectas del Emperador Justiniano. Como podemos observar el interdicto "homine libero exhibendo", solo se otorgaba contra los particulares que restringían la libertad de alguna persona, y no cuando tales restricciones partían de los gobernantes ni de otras autoridades, pues en esta época la noción sobre los derechos de los hombres a la libertad que se tenía como primitiva. (Prada Córdova, 2005: 97)

Los términos del Hábeas Corpus provienen del latín: Hábeas = tener, traer; y Corpus = cuerpo. Tener o traer el cuerpo de una persona fue su primera acepción, la misma que en realidad significa muy poco para la importancia que hoy esta institución tiene en la defensa de la libertad individual de las personas. (Humberto Henríquez, 2001: 153)

El Hábeas Corpus es de origen, proceso de origen inglés, fue reconocido por primera vez en América Latina en el año 1830 en el Código Penal del Imperio del Brasil y luego fue siendo incorporado en otras legislaciones comparadas en los Códigos de Livingston de 1837, que fueron aplicados en Guatemala, en la Constitución de Costa Rica del año 1847 e incluso antes del Amparo en la Constitución de Yucatán del año 1841. En el Perú, el hábeas corpus fue reconocido por la ley del 21 de octubre de 1897, que desarrollo el artículo de la Constitución de 1860. De acuerdo con lo establecido en este último precepto Constitucional: "Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del juez competente o de autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado dentro de las veinticuatro horas a disposición del juzgado que corresponde. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiera. (Castillo Córdova, 2009: 70)

Este instrumento procesal que sirve para defender la libertad personal, tuvo su origen en Inglaterra con la ley de Hábeas Corpus en el año de 1679. También ha tenido su evolución en el Perú, cuyo punto de partida está representado por la ley de 1897 que lo estableció por primera vez y ha venido perfeccionado no solamente su significación, sino también sus alcances, su ámbito de aplicación, y sobre todo su procedimiento. Tal como ahora está determinado en nuestra legislación, es posible formular la siguiente definición: El Hábeas Corpus es una acción de garantía constitucional sumaria entablada ante el juez penal o ante la sala Penal de la Corte Superior, dirigida a restituir la libertad que ha sido vulnerada o amenazada por actos u omisiones provenientes de autoridades, funcionarios o personas. (Ortecho Villena, 2004: 117)

Los tratados suscritos y ratificados por nuestro país prevén que la libertad será regla la general y la detención será la excepción (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Ello implica que los jueces tiene la obligación de tomar cuenta, concatenadamente, aquellos con el código Procesal Penal; es decir, establecer ineludiblemente el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Para establecer el *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) los jueces se remiten a las circunstancias y a la normatividad vigente y, establecen los extremos de la imputación. Pero no basta, pues será necesario probar el segundo elemento citado, denominado *periculum in mora* (el peligro de fuga acompañado de la posibilidad de entorpecer la investigación), debiéndose no solo establecer, sino exteriorizarse de una forma razonable, los fundamentos de la decisión. Ello implica que no basta con que concurra uno de los presupuestos, ambos deben ser presentes de manera complementaria. (Gutierrez Canales, 2008: 39)

En el año 1916 se promulga la Ley N° 2223, que buscó ampliar el margen de protección del hábeas corpus, y la Ley N° 2253, que trato de perfeccionar los aspectos del hábeas corpus contemplados en la Ley del 21 de octubre de 1897. Luego, a través de la ley N° 4019, de fecha de 2 de enero de 1919, se promulgó el Código de Procedimientos en Materia Penal y entro en vigencia en 1920, estableciendo la regulación del hábeas corpus solo para detenciones indebidas. Será justamente en el artículo 352 de este último código que se establecerá una disposición que pareciera abrir la puerta a la posibilidad de iniciar procesos de hábeas corpus contra particulares. Dicho artículo establecía lo siguiente: " Cuando el secuestro provenga de persona que no es autoridad, el juez, una vez puesto en libertad el detenido, procederá a abrir instrucción contra el culpable conforme a este Código. (Castillo Córdova, 2009: 70)

Posteriormente en el Código de Procedimientos en materia criminal de 1920 se regula por vez primera el Hábeas Corpus en un código (artículos 342 al 345); estableciéndose que este instituto es un recurso, que defiende únicamente la libertad corporal en sus diversas modalidades; que la detención indebida puede provenir de autoridades policiales o judiciales y de particulares. Asimismo incorpora dos nuevos aspectos no tratados en la anterior legislación: primero, que el Hábeas Corpus procede para las personas nacionales o extranjeras a quienes se les ha notificado la orden de abandonar el territorio nacional o cuando el recurrente teme ser expatriado o confinado por la fuerza; y segundo procede también contra la colocación de las guardias puestas a domicilio. (Prada Córdova, 2005: 103)

Finalmente, fue la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, la que se encargó de regular lo dispuesto en la carta de 1979, pasando luego a ser complementada por la Ley N° 25398. Luego, la Constitución de 1993 recogió dentro de los diversos procesos constitucionales consagrados en el artículo 200 al hábeas corpus. Por su parte, el Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley N° 28237, le ha destinado el Título II, que comprende los artículos 25 al 36, además de las disposiciones generales en lo que resulte aplicable. (Castillo Córdova, 2009: 72)

Es evidente que la labor interpretativa del Tribunal Constitucional en materia del derecho a la libertad en particular frente a los mandatos de detención provisional no ha sido homogénea, sino que apelando al obiter dictum se han pasado unas veces de una práctica autolimitativa a un activismo judicial. El activismo judicial en ocasiones importantes resulta necesario impulsar, para fortalecer el Estado de Derecho frente al terrorismo, al narcotráfico y la corrupción. Sobre todo, cuando sus agentes han intentado o se han valido de los derechos fundamentales –argumentando exceso de carcelería y violación del principio del juez natural- para evadir a la justicia. Este es el caso del ex director del diario expreso, Eduardo Calmell del Solar, procesado por corrupción, quien recibió la libertad en virtud de un Hábeas Corpus que le permitió fugar inmediatamente del país. (Landa Arroyo, 2003: 191)

#### 2.1.5.2 Noción Jurídica

Es un proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger la libertad de la persona y los derechos constitucionales conexos con ella (por ejemplo: el derecho de ingresar, transitar y salir del territorio nacional, el derecho a no ser incomunicado) ante violaciones o amenazas de violación provenientes de una autoridad o de un particular. Lo puede presentar el mismo afectado o cualquier otra persona en su nombre; si el juez comprueba que efectivamente aquellas se han producido, ordena la inmediata libertad de la persona o, si fuera el caso, ordena que se suspenda la violación o amenaza de violación de un derecho conexo a la libertad. (Alfaro Pinillos, 2007: 59)

Tal y como se entiende, el Hábeas Corpus es un mecanismo procesal destinado a garantizar el derecho a la libertad individual y ambulatoria frente a la amenaza o vulneración de parte de autoridades y funcionarios del poder público, así como de los particulares. (Humberto Henríquez, 2001: 153)

La importancia del Hábeas Corpus se encuentra directamente relacionada con el bien jurídico que protege. Ciertamente, como algunos han dicho, el ser humano en algunas

situaciones ha preferido morir a vivir sin libertad. Es por ello que en las sociedades en donde se respetan los derechos humanos, siempre encontramos medios de protección de este importante derecho. Uno de ellos quizá el más importante, es el hábeas corpus. (Valle-Riestra, 2005:717)

La Constitución de 1993 señala que el proceso de hábeas corpus se emplea para la protección de la libertad individual o de los derechos constitucionales conexos. Asimismo, la ley N° 23506 establece en su artículo 12 una lista enunciativa de los derechos protegidos por este proceso. (Santa María Mecq, 2005: 11)

El artículo 200 inciso 1 de la Constitución, establece que el Hábeas Corpus procede frente cualquier hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a la libertad individual. Esto quiere decir que el Hábeas Corpus procede frente actos o hechos activos-omisiones –comportamientos pasivos.- un ejemplo de un comportamiento activo es una detención arbitraria de un ciudadano por parte de una autoridad política. Ejemplo de una omisión es el incumplimiento por parte del jefe de un establecimiento de reclusión de un mandato de libertad por la prolongada privación de la libertad de un detenido. El agresor puede ser cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual. Por ejemplo la detención arbitraria o su amenaza pueden tener como responsable a una autoridad, pero también es posible que incurra en ese comportamiento una persona, de modo que contra el sería dirigida la acción de Hábeas Corpus. (Prada Córdova, 2005: 104)

Su objeto es restablecer el derecho a la libertad personal al estado anterior a la amenaza o vulneración. Esto requiere de un proceso rápido y eficaz. No es un derecho sino una garantía. El hábeas corpus es un proceso y no un procedimiento, en tanto que si lo consideramos como un procedimiento puede dar la idea de que forma parte integrante del proceso penal que tiene por objeto interponer una sanción penal. El hábeas corpus tiene naturaleza a aquel proceso penal, y su resolución no tendrá otra repercusión que resolver la situación de privación ilegal de libertad. (Gutierrez Canales, 2008: 42)

El Hábeas Corpus es el proceso constitucional encargado de la protección del derecho a la libertad personal y sus derechos conexos. Procede ante el hecho u omisión, de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los derechos antes mencionados. La posibilidad de tutela de los “derechos conexos” por el hábeas corpus implica que su ámbito de protección no se limita a cubrir solo el derecho a la libertad sino que se expande para cubrir los otros derechos fundamentales íntimamente relacionados

con este, por lo que si bien incluye la libertad física propiamente dicha, también incorpora la libertad de movimiento, la libertad de tránsito y al derecho a la integridad personal. De igual manera, el derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran en establecimientos públicos o privados (STC Exp. N° 6218-2007-PHC/TC). (Bastos Pintos, 2012: 373)

El fin inmediato que persigue la acción de Hábeas Corpus, es el restablecimiento de la libertad personal vulnerada o amenazada. Esto significa regresar a la situación en que se encontraba el sujeto, en uso de su libertad. Este propósito resulta perfectamente claro, tratándose de la libertad corporal, frente a un arresto, pero resulta un tanto impreciso, por no decir menos efectivo, cuando se trata de otros aspectos de la libertad personal, como por ejemplo, en la omisión de otorgar pasaporte o de ser asistido por un abogado, en caso de encontrarse detenido ilegalmente o en caso de incumplimiento de una excarcelación ya ordenada. (Ortecho Villena, 2004: 118)

Por su especial naturaleza es conveniente que sea una institución especial, y por ese motivo se encuentra investida de una de las características singulares. En primer lugar, con relación a la legitimación procesal, tanto el directo agraviado como cualquier persona, incluso la Defensoría del Pueblo, está legitimada para interponer esta garantía en los casos previstos por la Constitución y concretados en el Código. En segundo lugar, el principio de informalidad también se concreta en la presentación de la demanda, cuando la ley permite que pueda hacerse no solo por escrito sino verbalmente incluso por algún otro medio que sea idóneo, como por ejemplo desde el correo postal hasta el electrónico si fuese necesario. La demanda puede interponerse ante cualquier juez penal, sin observar turno judicial, con el deber de resolverla de inmediato. En ese mismo sentido, los plazos para resolver y apelar a la instancia superior son especialmente reducidos tratándose de un derecho que vulnera la ausencia de un plazo de prescripción para interponer una demanda de hábeas corpus. (Hakansson Nieto, 2009: 143)

La carta de 1993, a diferencia de la constitución de 1979, ha extendido el ámbito de protección del hábeas corpus a los derechos conexos a la libertad individual- es decir, a todos aquellos cuya afectación se encuentra vinculada en determinadas circunstancias con la libertad física. Clásicamente, la inviolabilidad del domicilio ante detenciones ilegales que supongan su afectación o alguna garantía del debido proceso cuando su vulneración deriva de una sentencia que disponga privación de la libertad individual. Por



ende, en estos casos, procederá también la interposición del hábeas corpus para la defensa de tales derechos. (Instituto de Capacitación y Desarrollo, 2012: 90)

El Hábeas Corpus " es el remedio jurídico que tiene derecho a interponer ante juez competente por sí o por intermedio de otro, todo individuo que ha sido ilegal o arbitrariamente privado de su libertad constitucional, porque la orden no es legal o porque ha sido emitida por quien no es autoridad competente para que se examine su situación, y comprobando que su detención es arbitraria, se ordene su inmediata libertad". (Ortecho Villena, 2004: 118)

### 2.1.5.3 Requisitos

Es admisible interponer un Hábeas Corpus siempre que concurren tres supuestos: a) Se demande la afectación de un derecho fundamental, como la libertad personal y/o los derechos conexos a ella. b) El acto lesivo se produce en función de un acto comisivo u omisivo de cualquier autoridad o persona, como es el caso de una resolución judicial. c) Aunque exista otro medio de defensa en el orden legal, procede el Hábeas Corpus siempre que por esta vía extraordinaria se trate de evitar urgentemente un daño. (Landa Arroyo, 2003: 189)

Es de naturaleza procesal: su objeto es restablecer el derecho a la libertad personal al estado anterior de la amenaza o vulneración. Esto requiere de un proceso rápido y eficaz. No es un derecho sino una garantía. No tiene formalidades: la acción de Hábeas corpus, por su propia naturaleza, no puede ser interpuesto por cualquier persona. No requiere poder ni autorización previa; tampoco requiere firma de letrado, ni pago alguno. Puede incluso ser hecha directamente en forma verbal o por teléfono. Es un proceso sumario: su tramitación es rápida, urgente. Es el más rápido de todos los procesos que existen. Su fundamento radica en la importancia que para el liberalismo tiene el derecho a la libertad personal y en el presupuesto que significa para el ejercicio de los demás derechos constitucionales. Es una institución de derecho público: debido a que tiene su origen en la Constitución del Estado. (Humberto Henríquez, 2001: 153)

La acción de Hábeas Corpus, por su propia naturaleza, puede ser interpuesto por cualquier persona. No requiere poder ni autorización previa, tampoco requiere firma de letrado. La no exigibilidad de formalismos para la presentación de las demandas de hábeas corpus implica, entre otros aspectos, que la solicitud respectiva pueda ser presentada de forma escrita o verbal, sin el pago de una suma de dinero como

contraprestación del servicio de administración de justicia (tasas judiciales). (Gutierrez Canales, 2008:43)

La prueba en el proceso constitucional de Hábeas Corpus tiene características como la flexibilidad y diversidad, coadyuvando a una tutela más eficaz de la libertad personal y de los derechos conexos a ella. Así, el Código Procesal Constitucional le permite al juez conseguir pruebas adicionales a las aportadas al proceso por las partes, a través de diligencias que le ayuden a resolver mejor, sin afectarse la urgencia y celeridad propias del hábeas corpus. Así, en este estudio el autor aborda el tema desde la tipología de este proceso establecida por el Tribunal Constitucional, así como de los derechos que cada una de estas modalidades protege, brindándonos elementos básicos para su defensa. (Donayre Montesinos, 2010: 9)

El agresor puede ser cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual. Por ejemplo, la detención arbitraria o su amenaza pueden tener como responsables a una autoridad, pero también es posible que incurra en ese comportamiento una persona, de modo que contra el sería dirigida la acción de hábeas corpus. (Prada Cordova, 2005: 105)

#### 2.1.5.4 Procedencia

El Código procesal Constitucional, precisa en su artículo 2 que los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo y el Hábeas data, proceden cuando se amenacen o violen los derechos constitucionales por acción u omisión, que protegen estos procesos constitucionales. En el caso del Hábeas Corpus, cuando se viola o amenaza el derecho a la libertad individual o sus derechos conexos, la violación puede ser por acción o por omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. (Prada Cordova, 2005: 107)

El procedimiento para la acción de Hábeas Corpus ahora tiene tres alternativas, según se trate de una detención arbitraria, de una desaparición forzada o de la vulneración de los derechos conexos a la libertad individual. (Ortecho Villena, 2004: 125)

Para el Tribunal la práctica de la desaparición forzada vulnera diversos derechos fundamentales, tales como la libertad personal, derecho a la protección judicial, derecho a la vida. Asimismo, esta práctica también vulnera la integridad personal puesto que va a implicar actos de tortura y tratos inhumanos y tratos degradantes. (Santa María Mecq, 2005:16)

La legitimación para interponer el hábeas corpus es bastante amplia. De acuerdo al artículo 26 del Código Procesal Constitucional, la demanda puede ser formulada por la persona perjudicada o por cualquier otra que quiera actuar a su favor, sin que se requiera contar con representación. También se encuentra legitimada la defensoría del pueblo, en tanto órgano constitucional autónomo encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad. Esta opción se explica por la importancia objetiva o institucional de la libertad individual en un estado constitucional. Sin duda constituye no solo un derecho fundamental que actúa como presupuesto del ejercicio de muchos otros derechos fundamentales, sino además un valor esencial del ordenamiento jurídico y social. (Instituto de Capacitación y Desarrollo, 2012: 92)

#### 2.1.6 La amenaza como medio de afectación de los Derechos Constitucionales

La amenaza, se pretende, se quiere ser un daño a otro; debe ser inminente, posible; y previsible (pudiéndose aplicar el llamado hábeas corpus preventivo). (Carrasco García, 2006:14)

La defensa y aseguramiento que del derecho fundamental se intenta lograr a través de un proceso constitucional de la libertad, es consiguiendo que desaparezca la situación de agresión del contenido constitucionalmente protegido regresando las cosas al estado anterior de ocurrida la agresión. Esta finalidad se intentará conseguir al menos dentro de los dos siguientes ámbitos: uno previo y otro posterior. El ámbito previo viene conformado por todas aquellas situaciones que de alguna manera supongan una amenaza al ejercicio regular de los derechos fundamentales. Se trata de situaciones que sin impedir el ejercicio del derecho, se configuran como potencialmente interruptoras del mismo. En palabras del Tribunal Constitucional.” La agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de un derecho constitucional”. La virtualidad de la garantía ante estas situaciones es no solo evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, sino en hacer desaparecer la amenaza misma por construir esta, en cuanto tal, un impedimento al pleno ejercicio de los derechos constitucionales amenazados. (Castillo Córdova, 2008: 182)

Castillo Córdova (2008: 182), en este sentido acierta el Tribunal Constitucional cuando manifiesta que en los casos de amenaza de un derecho constitucional “La finalidad de los procesos constitucionales es evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, y, además, hacerla desaparecer. El ámbito posterior por el

contrario, se constituye a partir de situaciones que han configurado lesiones efectivas al contenido constitucional de los derechos fundamentales al haber efectivamente impedido el ejercicio razonable del mismo. En estos casos la virtualidad del proceso constitucional irá dirigida a hacer cesar la violación del derecho. Se trata no de peligros latentes sino de agresiones efectivas que impiden manifiestamente el ejercicio regular de alguna de las facultades de acción que el contenido constitucional del derecho atribuye a su titular. La virtualidad de la garantía en este ámbito es hacer desaparecer el impedimento que dificultaba u obstaculizaba el pleno (y razonable) ejercicio de la facultad atribuida por el derecho fundamental.

Nogueira Alcalá (2008: 2 y 3), señala que en el derecho comparado, en el caso del Estado Chileno lo encontramos regulado bajo un análisis del amparo de los derechos fundamentales y como este se concreta se encuentra regulado en el recurso constitucional de protección en el artículo 20 de la Carta Fundamental Chilena. La formulación del derecho y acción de protección o amparo de los derechos fundamentales, dentro de un racional y justo procedimiento, rápido y eficaz, tiene una dimensión constitucional y otra supranacional, en la medida que las constituciones se insertan en un contexto regido por el derecho internacional de derechos humanos, los cuales en algunos casos forman parte de la Constitución y tienen jerarquía Constitucional y, en otros casos específicos, como el caso Chileno, la Carta Fundamental solo determina la limitación de la soberanía o potestad estatal por los derechos esenciales. (Artículo 5 inciso 2 de la Constitución). Se constituye así en el derecho Chileno un plexo de derechos esenciales que es reconocido y garantizado en el propio texto constitucional, complementándose por los derechos esenciales contenidos en el derecho internacional y en el ámbito de los derechos esenciales implícitos. Dentro de estos derechos se encuentra el derecho a una acción de amparo, tutela o protección de derechos fundamentales, el cual está asegurado por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en armonía con los artículos 1 y 2 de la misma Convención. Por lo que en general es una garantía que puede deducirse para restablecer el derecho afectado o faltar una vía o medio procedimental que sea idóneo para ello. Por lo que establece el derecho a un recurso efectivo y a un tribunal imparcial que garantice a toda persona cuyos derechos y libertades fundamentales hayan sido violados.

En el Derecho Colombiano encontramos la Sentencia Radiación:70-001-33-33-01-2013-00029-01, regulando la Tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable afectación al mínimo vital, en el cual se perjudica a través de la amenaza la afectación de un derecho constitucional en este caso la afectada instauró la Acción

Constitucional de Tutela, con la finalidad de obtener la protección de su derecho fundamental de petición, al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social. De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos. (Radiación:70-001-33-33-01-2013-00029-01)

Castillo Córdova (2008: 181), ha previsto que el Código Procesal Constitucional ha establecido que si bien proceden los procesos constitucionales frente a la amenaza de derechos fundamentales, esta debe ser cierta e inminente; de manera que la protección que estos brindan no solo evite la concretización de la afectación, sino que también desaparezca la amenaza. La amenaza al ser una verdadera agresión a los derechos fundamentales, debe estar regulada bajo las reglas de la afectación efectiva, por lo que se debe aplicar los requisitos procesales del plazo de prescripción y del agotamiento de las vías previas. Por lo tanto al presentar todos los supuestos de la amenaza debemos regularla bajo las reglas de la afectación efectiva.

#### 2.1.6.1 Presupuestos indispensables de la amenaza.

Galíndez de Capacyachi (2009: 252), señala que en los casos de mera lesión requieren que se acredite la intervención ilegítima en el ámbito protegido de los derechos fundamentales. Si bien no es nada fácil determinar cuál es el contenido protegido de un derecho, o cuando la intervención ha sido irrazonable o desproporcionada, en el caso de amenaza a los derechos el asunto se torna más complicado todavía, pues además de lo mencionado debe analizarse si estamos ante un caso que tipifique como amenaza. En efecto, no cualquier consideración subjetiva, cualquier peligro eventual o irreal pueden protegerse mediante el amparo. Al respecto el Código Procesal Constitucional señala que "cuando se invoque la amenaza de violación esta debe ser cierta y de inminente realización". Por su parte, el Tribunal ha precisado que el perjuicio "debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan de una captación objetiva".

El Colegiado ha precisado en esta sentencia que: "el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser: real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos: efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados: tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa: ineludible, entendiéndose que implicará irremediablemente una violación concreta. Sobre la certeza, el Tribunal Constitucional

anotado que ello requiere "Que exista un reconocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones", de tal forma que la amenaza "está fundada en hechos reales y no imaginarios". Así "no puede tratarse de una mera suposición sino por el contrario, la afectación del derecho o bien jurídico tutelado debe ser objetivo y concreto. (Galíndez de Capacyachi ,2009: 252)

Castillo Córdova ( 2006: 136), Quien indica que la amenaza debe ser real y no hipotética, y que debe ser de tal naturaleza que se desprenda inequívocamente el hecho de que de mantenerse la situación de amenaza se convertirá en violación efectiva en un tiempo bastante breve. Asimismo ya el Tribunal Constitucional en la STC exp. N° 00804-1998-AA/TC, de fecha de 3 marzo de 1999, dejó sentado que la agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de este tipo de derechos. En este sentido la finalidad de los procesos constitucionales es evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, y, además hacerla desaparecer. Sin embargo también aclara que no todas las amenazas resultan justiciables en los procesos constitucionales, sino tan solo aquellas que, en forma actual, inminente y concreta lesionan alteran o amenazan con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos constitucionales. (Castillo Córdova, 2006: 136).

Galíndez de Capacyachi (2009: 252), ha indicado que respecto a la inminencia este requisito hace alusión a que "el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto", y por ello que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios. Ello significa que se trata de actos que están muy próximos a realizarse, su comisión es casi segura y en un tiempo breve. Algo adicional a la inminencia de la amenaza: esta implica tanto la proximidad en el tiempo de la agresión potencial, como su carácter inexorable, de ineludible realización. Indica con acierto: "Dos elementos, por tanto, son necesarios distinguir y comprobar: uno, la previsión real y objetiva de que se pasará de un estado de peligro a otro de impedimento efectivo del ejercicio o realización de algunas de las facultades que el derecho fundamental reconoce a su titular; y La previsión real y objetiva de que ese paso o cambio acontecerá en breve plazo, el otro". Se trata en suma de un acto futuro inminente, próximo a realizarse, de manera casi segura y en breve tiempo, en otras palabras que no quepa duda de su ejecución en un plazo inmediato y previsible.

### 2.1.6.2 Cesación o irreparabilidad de la amenaza

Achulli Espinoza (2009: 436), señala que en principio no debemos confundir "cese" con "irreparabilidad" del daño, pues mientras el primero tiene como fundamento para declarar la improcedencia el cumplimiento de la finalidad de los procesos constitucionales, esto es la reposición de las cosas al estado anterior de la amenaza o violación del derecho; el segundo la desestimación de la demanda por irreparabilidad, se justifica en la imposibilidad de cumplir con la finalidad procesos constitucionales. En consecuencia se entenderá "por cese del acto lesivo aquella situación por medio de la cual la acción u omisión que origina una amenaza o violación de un derecho fundamental deja de producirse por parte de quien la estaba llevando a cabo. De otro lado, se entiende por irreparabilidad aquella situación fáctica en la cual no se puede reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de un derecho fundamental. En efecto cuando hablamos de cese, sin perjuicio de que haya ocurrido antes o después de la interposición de la demanda, nos estamos refiriendo de que se ha dejado de llevar a cabo la conducta lesiva del derecho constitucional, es decir, ya se repusieron las cosas al estado anterior pero por voluntad propia del agresor, cuestión distinta, y con matices que merecen comentario, es aquella por la que el agresor cesa su accionar de manera inmediata, acatando una sentencia estimatoria de primera instancia mientras el proceso constitucional se encuentra en apelación. (Achulli Epinoza, 2009: 436)

Salomé Resurrección (2009: 182) ha previsto que en primer lugar, puede ocurrir que la amenaza o vulneración del derecho constitucional alegado haya cesado o se haya convertido en irreparable antes de la interposición de la demanda. En este caso se ha configurado la causal de improcedencia recogida en el artículo 5 inciso 5 del Código Procesal Constitucional, según la cual, " no proceden los procesos constitucionales: A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable. En segundo lugar, puede ocurrir que la amenaza o vulneración del derecho constitucional alegado haya cesado por decisión voluntaria del agresor o se haya convertido en irreparable luego de la interposición de la demanda. En este caso, el juez constitucional tendrá la posibilidad de ingresar al fondo del asunto y, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda y dispondrá que la parte demandada no vuelva a incurrir en las mismas acciones u omisiones (artículo 1 del Código Procesal Constitucional).

## 2.2. Formulación del problema de investigación

¿La regulación del Código Procesal Constitucional con relación a la amenaza cómo modalidad de agresión de un derecho constitucional es suficiente o es necesaria la implementación de contenido normativo para fijar los parámetros de aplicación en el caso que se produzca la amenaza de los derechos constitucionales?

## 2.3. Justificación

La investigación se justifica desde el ámbito teórico puesto que el tema central que se analizó en la investigación, es la agresión de los derechos fundamentales de la persona, el cual se encuentra amparado y protegido por el ordenamiento jurídico; ya que dichos derechos son la base de todo el sistema jurídico, con la cual se le permitirá al orden jurídico que las fundamente en la medida que esté se construye y se desarrolle sobre su base, dando lugar a que no solo inspiren, dirijan la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas o de cualquier acto jurídico en general, sino a que tenga propia fuerza normativa de la mayor jerarquía. Este tema es importante en la investigación porque va a permitir orientar al orden jurídico político en cuanto lo conducen hacia fines predeterminados, de tal suerte que se hacen ilegítimos aquellos actos o normas que persiguen fines distintos u obstaculizan su concreción, es decir se van encargar de tutelar, regular y garantizar las diversas esferas, como las relaciones de la vida social. Por lo tanto van a permitir delimitar en la sociedad los valores superiores que nacen de la dignidad de todo ser humano para que lo oriente, determine y garanticen su protección, como elemento esencial de la constitución que ampara todo el sistema político del marco normativo. Por lo tanto debemos respetar la esfera de las libertades reconocidas con la máxima amplitud posible para proveer que estas no se tornen ilusorias, así debemos fomentar y controlar en todos los casos, las medidas que se tomen, no afecten la dignidad de la persona, por ultimo proveer a la concientización de las personas para que no hayan discriminaciones que afecten la dignidad de las personas, y brindar un tratamiento especial a todos aquellos que estén en marcada inferioridad en sus condiciones de vida para que no se vean afectados en su derechos .

Con esta finalidad el ordenamiento jurídico va garantizar y proteger, no solo los derechos individuales de la persona, sino también elementos esenciales del orden jurídico en general, encargados de tutelar las conexiones objetivas que tutelan y resguardan las diversas relaciones de la vida social y los complejos de normas jurídicas, para superar la relación individuo-Estado e irradiando toda su eficacia al ordenamiento jurídico político.



Otra de las figuras importantes que hemos abarcado en la investigación son los procesos constitucionales de la libertad que nos van a ayudar delimitar los problemas planteados, este proceso se encarga de garantizar cada una de las libertades individuales, como la libertad ambulatoria que no se vean vulnerados por actos que perjudiquen o amenacen un derecho constitucionalmente protegido. Este tema es importante en la investigación porque los procesos constitucionales de la libertad tienen por objeto defender y proteger los derechos fundamentales de la persona frente a actos omisiones o amenazas provenientes de cualquier autoridad, funcionario o persona, como sabe en la realidad hay numerosos casos en los cuales se viene vulnerando la libertad de las personas por parte de autoridades o funcionarios de una u otra manera perjudican los derechos de la persona, sin que haya una severa y permanente sanción para estas personas, por lo que perjudican y vulneran la libertad inherente de la persona.

Este proceso de la libertad es fundamental para la investigación porque nos va a determinar cada uno de los parámetros e instrumentos que garantizan no solo los derechos de la persona, sino también a la propia constitución quien se encarga de velar, como garantizar cada uno de los derechos, que en la actualidad se vienen vulnerando y perjudicando la libertad de cada persona, de esta manera la constitución debe de garantizar los derechos fundamentales frente a actos o amenazas provenientes de autoridades, para el mejoramiento y funcionamiento del orden constitucional.

También se justifica en el plano normativo teniendo principalmente a la Constitución Política de nuestro Estado, establece en su capítulo I Derechos Fundamentales de la Persona. Artículo 1º: "La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado".

Artículo 2: toda persona tiene derecho:

Inciso 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: b) no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

Y la norma más importante en la cual radica toda la investigación es el, Código Procesal Constitucional, que en su artículo 1º prescribe: finalidad de los procesos: los procesos a los que se refiere el presente título tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior de la violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, atendiendo el agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de la decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda y que si procediere de modo contrario se le aplicaran las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del presente código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. Esto en concordancia con el artículo II del título preliminar fines de los procesos constitucionales que a la letra dice: son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la supremacía de la constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Ya que para nuestra investigación ambos artículos esta relacionados a los fines que persiguen los procesos constitucionales en nuestro sistema jurídico.

Con respecto al tema de investigación planteado, nuestra legislación peruana, detalla en forma explícita una serie de derechos fundamentales de la persona regulados en nuestra Constitución como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 2º inciso 1) prescribe que: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra circunstancia".

Artículo 3º prescribe: "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Artículo 13º prescribe: "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un estado"

Otra norma internacional que ayudara a esta investigación es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos específicamente su artículo 5 inciso 2) que establece: " no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos reconocidos o vigentes de un estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

Artículo 9 prescribe: "todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en este".

Por otro lado La Convención Americana sobre Derechos Humanos preceptúa en su artículo 7º Derecho a la libertad personal inciso 1): toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Inciso 2): nadie puede ser privado de su libertad física,

salvo por las causas y en las consecuencias fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

También se justifica dentro del aspecto práctico, así tenemos en la sentencia 02309-2007-PA/TC: El Tribunal Constitucional desarrolla la noción de certeza e inminencia que corresponde a toda amenaza, precisando además que este posible perjuicio debe ser real, efectivo, tangible e ineludible, explicando cada una de estas características. Al resolver el colegiado indica que la posibilidad de incoar una acción contencioso administrativa no constituye una amenaza, ni una acción ilegal ni arbitraria, sino un proceso en donde se debe respetar el derecho al debido proceso. Los procesos constitucionales tienen por finalidad la tutela de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho en tal sentido, los procesos constitucionales no solo proceden para defender ante la afectación directa de ámbitos constitucionalmente protegidos, sino también por potenciales lesiones de estos; es decir; ante amenazas a los derechos constitucionales. Al respecto los casos de mera lesión requieren que se acredite la intervención ilegítima en el ámbito protegido de los derechos fundamentales. Si bien no es nada fácil determinar cuál es el contenido protegido de un derecho, o cuando la intervención ha sido irrazonable o desproporcionada, en el caso de amenaza a los derechos el asunto se toma más complicado todavía, pues además de lo mencionado debe analizarse si estamos ante un caso que tipifique como "amenaza".

En efecto, no cualquier consideración subjetiva, cualquier peligro eventual o irreal pueden protegerse mediante el amparo. Al respecto el código procesal constitucional señala que "cuando se invoque que la amenaza de violación esta debe ser cierta y de inminente realización". Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que el perjuicio "debe ser real, efectivo, efectivo tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan de una captación objetiva.

Sobre la certeza, el Tribunal anotado que ello requiere que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones", de tal forma que la amenaza "está fundada en hechos reales y no imaginarios". A sino puede tratarse de una mera suposición sino que, por el contrario, la afectación del derecho o bien jurídico tutelado debe ser objetiva y concreta. Respecto a la inminencia este requisito hace alusión a que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato y no en uno remoto, y por ello que se trate de un atentado a la libertad personal que este por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios. Ello significa que se trata de actos que están muy próximos a realizarse, su comisión es casi segura y en un tiempo breve.

Algo adicional sobre la inminencia de la amenaza: esta implica tanto la proximidad en el tiempo de la agresión potencial, como su carácter inexorable, de ineludible realización.

En igual sentido indica Luis Castillo con acierto dos elementos, por tanto, son necesarios distinguir y comprobar uno, la previsión real y objetiva de que se pasara de un estado de peligro a otro de impedimento efectivo del ejercicio o realización de algunas de las facultades que el derecho fundamental reconoce a su titular; y La previsión real y objetiva de que ese paso o cambio acontecerá en breve plazo, el otro. Se trata en suma de un acto futuro inminente, próximo a realizarse, de manera casi segura y en breve tiempo, en otras palabras que no quepa duda d su ejecución en un plazo inmediato y previsible.

#### 2.4. Relevancia

Con la presente investigación se logrará el definir si es necesaria la implementación normativa dentro del código procesal constitucional relativo a la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales; en este sentido el Tribunal Constitucional a través de pronunciamientos logrará llegar a una solución al problema formulado.

La defensa y aseguramiento que del derecho fundamental se intenta lograr a través de un proceso constitucional de la libertad, es consiguiendo que desaparezca la situación de agresión del contenido constitucionalmente protegido regresando las cosas al estado anterior de ocurrida la agresión. Esta finalidad se intentará conseguir al menos dentro de los dos siguientes ámbitos: uno previo y otro posterior. El ámbito previo viene conformado por todas aquellas situaciones que de alguna manera supongan una amenaza al ejercicio regular de los derechos fundamentales. Se trata de situaciones que sin impedir el ejercicio del derecho, se configuran como potencialmente interruptoras del mismo. En palabras del Tribunal Constitucional. La agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de un derecho constitucional. La virtualidad de la garantía ante estas situaciones es no solo evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, sino en hacer desaparecer la amenaza misma por construir esta, en cuanto tal, un impedimento al pleno ejercicio de los derechos constitucionales amenazados. Por eso acierta el Tribunal Constitucional cuando manifiesta que en los casos de amenaza de un derecho constitucional “La finalidad de los procesos constitucionales es evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, y, además, hacerla desaparecer. El ámbito posterior por el contrario, se constituye a partir de situaciones que han configurado lesiones efectivas al contenido constitucional de los derechos fundamentales

al haber efectivamente impedido el ejercicio razonable del mismo. En estos casos la virtualidad del proceso constitucional irá dirigida a hacer cesar la violación del derecho.

Se trata no de peligros latentes sino de agresiones efectivas que impiden manifiestamente el ejercicio regular de alguna de las facultades de acción que el contenido constitucional del derecho atribuye a su titular. La virtualidad de la garantía en este ámbito es hacer desaparecer el impedimento que dificultaba u obstaculizaba el pleno (y razonable) ejercicio de la facultad atribuida por el derecho fundamental.

## 2.5. Contribución

Nuestra investigación servirá de un aporte fundamental primero para los operadores del derecho jueces, fiscal, abogado ya que buscan que los procesos se lleven conforme lo establece el proceso constitucional, asimismo aportara científicamente a un problema real que ha sido encontrado en la práctica.

Se tiene que toda investigación buscar aportar un criterio analítico a toda información concreta para llegar a una solución sólida que va a contribuir con el derecho. Para que se logre difundir y abarcar los parámetros y mecanismos en los cuales los procesos constitucionales van hacer los encargados de resolver y velar por los problemas acerca de los derechos fundamentales vulnerados. En el nuevo modelo se da mucha importancia a los procesos constitucionales tienen como finalidad la tutela de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho. En tal sentido los procesos constitucionales no solo proceden para defender ante la afectación directa de ámbitos constitucionalmente protegidos, sino por potenciales lesiones de estos, es decir ante amenazas a los derechos constitucionales.

Los derechos constitucionales incorporados en nuestro ordenamiento jurídico van a permitir encuadrar los fenómenos políticos, para garantizar los poderes políticos de nuestro estado y que se encargan no solo de regular la organización jurídica de nuestro estado, sino que también regulan los derechos fundamentales de la persona, es decir que la constitución sienta los valores supremos del ordenamiento jurídico y como tal sirve de validez de todas las demás normas jurídicas de nuestro sistema. Por lo tanto en nuestra investigación los derechos constitucionales nos van a ayudar a delimitar que la constitución va ser marco central en torno al cual gira todas las demás leyes ordinarias, que se va encargar de garantizar cada una de las organizaciones jurídicas de nuestro estado de derecho, para descartar toda actividad arbitraria que pueda de alguna manera perjudicar y vulnerar la norma de mayor jerarquía en nuestro estado que es la constitución política, ya que ésta no solo protege los poderes políticos, sino también cada uno de los límites inherentes a los derechos fundamentales de la persona. Es importante

para nuestra investigación establecer cada uno de los límites y parámetros en que la constitución política garantice cada uno de los derechos fundamentales, así como también determinar si los sistemas políticos se encargan de explicar los fenómenos del poder social que aquejan a el contexto de nuestro estado y de esta manera transmitir a la sociedad que toda forma arbitraria estaría vulnerando nuestra constitución.

Instauración de procesos específicos para tutela de los derechos fundamentales ha constituido uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. Ello se explica porque en los procesos constitucionales se busca no solo la protección de los derechos fundamentales, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo, de ahí que se ha señalado que dicho procesos deben ser capaces de comprender no solo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la constitución. La doctrina constitucional comparada ha establecido que existen básicamente dos tipos de procesos constitucionales; en primer lugar están los procesos destinados al afianzamiento de los derechos fundamentales, en segundo lugar, los procesos constitucionales que aseguran la supremacía constitucional.

## 2.6. Objetivos

### 2.6.1. Objetivo General

Determinar si es necesaria la implementación de normativa dentro del Código Procesal Constitucional relativo a la amenaza como medio de agresión a los derechos constitucionales.

### 2.6.2. Objetivos Específicos

2.6.2.1. Determinar si a la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales en el caso del proceso constitucional de habeas corpus se le es aplicable el plazo prescriptorio regulado en el código procesal constitucional.

2.6.2.2. Determinar si a la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales en el caso del proceso constitucional de amparo se le es aplicable el agotamiento de las vías previas reguladas en el código procesal constitucional.

2.6.2.3 Proponer conforme a un análisis jurisprudencial los presupuestos de la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales.

2.6.2.4 Proponer regulación normativa relativa a la aplicación de la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales y a su vez determinar la aplicación del plazo prescriptorio en el habeas corpus y el agotamiento de la vía previa en el caso de la acción de amparo.

## 2.7. Hipótesis

El contenido normativo relativo a la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales en el Código Procesal Constitucional es insuficiente en el sentido de que el mismo no regula los presupuestos de aplicación, el plazo prescriptorio con relación al hábeas corpus y el agotamiento de las vía previa en el caso de la acción de amparo.

## III. MARCO METODOLÓGICO

### 3.1. Unidades temáticas

Es preciso señalar que en esta parte de la investigación se desarrollara el estudio de los aspectos concernientes a los procesos constitucionales: como el Proceso Constitucional de Amparo y el Proceso Constitucional de Hábeas corpus.

Cabe precisar que los procesos constitucionales tienen una doble dimensión una subjetiva y otra objetiva. Por la primera los procesos constitucionales son el instrumento de protección adecuado para que las personas puedan solicitar la tutela de sus derechos fundamentales. Por la segunda se resalta la finalidad de los procesos constitucionales, al ser una garantía para la supremacía de la constitución y para la vigencia de los derechos fundamentales. En este sentido el TC ha señalado que: “ (...) El proceso constitucional, a diferencia de la generalidad de procesos ordinarios en los que se dilucida la confrontación de intereses netamente subjetivos, no agota su virtualidad en dicha dimensión. Sino que trascienden en procura también de una finalidad objetiva, destinada a asegurar, de la manera más eficaz posible, la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del CPCConst.), entendidos no solo como derechos subjetivos, sino también como el compendio de valores en los que se debe sustentar tanto el ordenamiento jurídico, como la convivencia social ”.

Luis, Sáenz Dávalos, señala que el “Código Procesal Constitucional” recoge la tradicional distinción y clasificación entre los procesos constitucionales: Procesos constitucionales de la libertad : Algunos procesos constitucionales tienen por objeto inmediato defender los derechos fundamentales de la persona frente a actos, omisiones o amenazas provenientes de cualquier autoridad, funcionario o persona, como ocurre con: el habeas corpus, el amparo, el habeas data, o en cierta medida, con el proceso de cumplimiento. El proceso constitucional de libertad es un proceso en el que por encima de cualquier cosa priman los objetivos de la parte reclamante. La finalidad o fondo del proceso se sobrepone a la forma en la que este se tramita; si hay conflicto entre la forma y el fondo prevalece este último, porque lo principal es que los derechos vulnerables o amenazados

retornen a su estado original. Procesos constitucionales orgánicos: Mientras otros procesos constitucionales tienen por objeto preservar la regularidad funcional o el ejercicio debido de las competencias reconocidas sobre los órganos de poder, como ocurre con: el proceso de institucionalidad, el proceso de acción popular o el proceso competencial. En el proceso constitucional orgánico salvo que la norma disponga lo contrario, son tan importantes la forma como el fondo.

Alberto Dallás (1990) define al proceso constitucional de amparo, como una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales, distintos a la libertad física, que está protegida por el habeas corpus, el cual tiene un ámbito diferente del de los procesos ordinarios, por cuanto estos, por su propia naturaleza, no pueden satisfacer la urgencia de la restauración de los derechos presuntamente vulnerados lo cual es un elemento esencial en el proceso de amparo.

Bastos Pintos (2012) como todo proceso constitucional, el proceso de amparo presenta dos dimensiones. En primer lugar, la dimensión subjetiva, apunta a la tutela de los intereses individuales de un sujeto, cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados. Por su parte, desde la dimensión objetiva, se trata de aquel pronunciamiento que se emita, el cual trascienda el interés individual en el que incide la dimensión anterior, y que se encargue más bien de formular una interpretación de la constitución con la finalidad de contribuir a clarificar o resolver un litigio o duda constitucional. Además ambas dimensiones de los procesos constitucionales se integran por lo que tiene un doble carácter, que es a su vez correlato de la doble dimensión de los derechos fundamentales (subjetiva como facultad de hacer o no hacer atribuida a las personas, y objetiva, como pauta de creación, interpretación y aplicación del derecho).

García Carrasco (2010) El proceso de amparo, como tal, se encarga de la tutela de todos los derechos constitucionales, salvo los protegidos por habeas corpus y habeas data, ello incluye tanto los reconocidos expresamente en la constitución como los de naturaleza análoga y aquellos de soberanía del pueblo del estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Landa Arroyo (2003) El proceso de hábeas corpus es el encargado de la protección constitucional del derecho a la libertad personal y a sus derechos conexos, puesto que procede ante el hecho u omisión, de cualquier autoridad funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos antes mencionados.



Castillo Córdova (2009) Cabe precisar, que el hábeas corpus, fue el primer proceso constitucional consagrado en nuestro país y ha sido utilizado en algunas ocasiones no solo como mecanismo para tutelar derechos que hoy son más bien susceptibles de ser protegidos a través del amparo, sino también como verdaderos procesos de inconstitucionalidad.

Es necesario apreciar, que el código procesal constitucional contempla en términos generales una regulación bastante adecuada para el proceso de habeas corpus. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a este respecto en algunos casos aclarar ciertas inquietudes vinculadas con los alcances, procedimiento o uno que otro elemento que en torno a este proceso constitucional no había quedado suficientemente claro.

### 3.1.1. Definición conceptual

Estado Democrático y Constitucional de derecho: es la forma de Estado de Derecho, a caso su más cabal realización, que surge con el paso de la supremacía de la ley a la supremacía de la Constitución.

Derecho Constitucional: es una rama teórica de lo jurídico que sistematiza la creación, teóricas y acciones que a lo largo de varios siglos ha ido aportando la humanidad para el ejercicio del poder y del gobierno dentro de la sociedad.

Derechos Fundamentales: Es más un sector de la doctrina y jurisprudencia comparada considera que los derechos fundamentales no son otra cosa que los derechos humanos positivados en los ordenamientos jurídicos estatales, principalmente en su normativa constitucional.

Recurso de Agravio Constitucional: es el mecanismo procesal por el cual se brinda una protección superlativa a los derechos fundamentales. A través de este, el máximo intérprete Constitucional puede "restablecer los principios de supremacía jurídica de la Constitución y de respeto de los derechos fundamentales.

Proceso Constitucional.- La expresión de proceso constitucional, o también denominado garantía constitucional, apunta al instrumento procesal establecido en la constitución política del Perú y el Código Procesal Constitucional, por cuan se permite a un órgano de la jurisdicción constitucional, resolver una controversia fundada en el derecho constitucional, pues la acepción proceso constitucional, atiende a los mecanismos

procesales que tienen por finalidad hacer prevalecer el orden constitucional establecido, vale decir, la denominada "protección jurídica de la constitución".

Proceso Constitucional de amparo.- La acción de amparo, es una acción de garantía, que se desenvuelve mediante un proceso constitucional con sus propios objetivos, características y procedimiento. La idea fundamental es el restablecimiento de las libertades o los derechos constitucionales, que se hayan sido objeto de un exceso o abuso de parte de las autoridades y funcionarios y aún provenientes de personas particulares, restablecimiento que debe hacerse en forma muy breve.

Proceso Constitucional de Hábeas Corpus.- Es el remedio jurídico que tiene derecho a interponer ante juez competente por sí o por intermedio de otro, todo individuo que ha sido ilegal o arbitrariamente privado de su libertad constitucional, porque la orden no es legal o porque ha sido emitida por quien no es autoridad competente para que se examine su situación, y comprobando que su detención es arbitraria, se ordene su inmediata libertad.

Amenaza: Se pretende, se quiere hacer un daño a otro, debe ser inminente, posible; y previsible.

### 3.1.2. Categorización

<b>CATEGORÍAS</b>	<b>SUBCATEGORÍAS</b>	<b>CONCEPTUALIZACIÓN</b>
A) Estado Democrático y Constitucional de Derecho	A) Concepto	<p>Es la máxima organización de un grupo de individuos sobre un territorio, en virtud de un poder de mando para el mantenimiento del orden interno y externo. Es decir es el aparato coactivo necesario para aplicación del derecho.</p> <p>Es la máxima expresión de respaldo jurídico a la organización y funcionamiento del estado, a través del cual se centra</p>

<p>B) Derecho Constitucional</p> <p>C) Agravio Constitucional</p>	<p>B) concepto</p> <p>D.1 Concepto</p>	<p>todo el poder e irradia a toda la sociedad para que los órganos del poder a través de sus funciones controlen el orden interno y externo del estado. Esta fundado en principios y normas constitucionales que son los que van a regir el marco institucional del estado y configuran la filosofía jurídica política del sistema democrático.</p> <p>El derecho constitucional es la rama del derecho público interno conformado por la constitución y las leyes constitucionales que la modifican.</p> <p>Es el mecanismo procesal por el cual se brinda una protección superlativa a los derechos fundamentales. A través de este, el máximo intérprete Constitucional puede "restablecer los principios de supremacía jurídica de la Constitución y de respeto de los derechos fundamentales.</p>
---	--	--

	D.2 Procedimiento	<p>Procede contra la resolución de segundo grado que declarada infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el tribunal constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución, concedido el recurso, el presidente de la sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, mas el termino de la distancia, bajo responsabilidad.</p>
D) Procesos Constitucionales	D)Concepto	<p>Los procesos constitucionales tienen como finalidad, por un lado garantizar el principio de la supremacía de constitución, lo cual quiere decir que se busca asegurar la propia noción de constitución, ya que sin la efectividad del principio de supremacía, las normas constitucionales se descalificarían ubicándose al mismo nivel que ocupan las normas legales ordinarias. Y por otro preservar la observancia de la vigencia de los derechos</p>

		<p>fundamentales de la persona.</p> <p>De esta manera, el diseño de los procesos constitucionales se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que, por su intermedio, se demuestra la supremacía constitucional. Los procesos constitucionales tienen como finalidad, por un lado garantizar el principio de la supremacía de constitución, lo cual quiere decir que se busca asegurar la propia noción de constitución, ya que sin la efectividad del principio de supremacía, las normas constitucionales se descalificarían ubicándose al mismo nivel que ocupan las normas legales ordinarias. Y por otro preservar la observancia de la vigencia de los derechos fundamentales de la persona.</p> <p>.</p>
<p>E) Proceso Constitucional de Amparo</p>	<p>E) Concepto</p>	<p>Es una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y</p>

		<p>libertades constitucionales, destinados a la libertad física procede contra el hecho o la omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenaza derechos distintos a la libertad individual y a los tutelados por al hábeas data.</p>
<p>F) Proceso Constitucional de Hábeas Corpus</p>	<p>F) Concepto</p>	<p>Es el remedio jurídico que tiene derecho a interponer ante juez competente por sí o por intermedio de otro, todo individuo que ha sido ilegal o arbitrariamente privado de su libertad constitucional, porque la orden no es legal o porque ha sido emitida por quien no es autoridad competente para que se examine su situación y comprobando que su detención es arbitraria, se ordene su inmediata libertad.</p>
<p>G) Amenaza</p>	<p>G) Concepto</p>	<p>Se pretende, se quiere hacer un daño a otro, debe ser inminente, posible; y previsible.</p>

## 3.2. Metodología

### 3.2.1. Tipo de estudio

La regulación del Código Procesal Constitucional con relación a la amenaza cómo modalidad de agresión de un derecho constitucional es suficiente o es necesaria la implementación de contenido normativo para fijar los parámetros de aplicación en el caso que se produzca la amenaza de los derechos constitucionales, el cual se encuentra amparado y protegido por el ordenamiento jurídico; ya que dichos derechos son la base de todo el sistema jurídico, con la cual se le permitirá al orden jurídico que las fundamente en la medida que esté se construye y se desarrolle sobre su base, dando lugar a que no solo inspiren, dirijan la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas o de cualquier acto jurídico en general, sino a que tenga propia fuerza normativa de la mayor jerarquía. Este tema es importante en la investigación porque va a permitir orientar al orden jurídico político en cuanto lo conducen hacia fines predeterminados, de tal suerte que se hacen ilegítimos aquellos actos o normas que persiguen fines distintos u obstaculizan su concreción, es decir se van encargar de tutelar, regular y garantizar las diversas esferas, como las relaciones de la vida social. Con esta finalidad el ordenamiento jurídico va garantizar y proteger, no solo los derechos individuales de la persona, sino también elementos esenciales del orden jurídico en general, encargados de tutelar las conexiones objetivas que tutelan y resguardan las diversas relaciones de la vida social y los complejos de normas jurídicas, para superar la relación individuo-Estado e irradiando toda su eficacia al ordenamiento jurídico político. El Código Procesal Constitucional ha establecido que si bien proceden los procesos constitucionales frente a la amenaza de derechos fundamentales, esta debe ser cierta e inminente; de manera que la protección que estos brindan no solo evite la concretización de la afectación, sino que también desaparezca la amenaza. La amenaza al ser una verdadera agresión a los derechos fundamentales, debe estar regulada bajo las reglas de la afectación efectiva, por lo que se debe aplicar los requisitos procesales del plazo de prescripción y del agotamiento de las vías previas.

### 3.2.2. Diseño

El estudio se realizó bajo el diseño investigación de teoría fundamentada, teniendo en cuenta que se utiliza procedimientos sistemáticos cualitativos para generar una teoría que explique en un nivel conceptual una acción, interacción o un área específica. Posee a su vez riqueza interpretativa y aporta nuevas visiones de un fenómeno, se trabaja de manera práctica y concreta, es sensible a las expresiones de los contextos. En la

investigación nos ayudara a determinar y establecer si es necesaria la implementación de normativa dentro del código procesal constitucional relativo a la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales. Para ello fue indispensable previamente desarrollar los objetivos específicos como determinar si a la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales en el caso del proceso constitucional de hábeas corpus se le es aplicable el plazo prescriptorio regulado en el código procesal constitucional con la finalidad de regularlo dentro del marco normativo, determinar si a la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales en el caso del proceso constitucional de amparo se le es aplicable el agotamiento de las vías previas reguladas en el código procesal constitucional para encuadrar su regulación dentro del marco normativo, proponer conforme a un análisis jurisprudencial los presupuestos de la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales con la finalidad de establecer cada uno de los presupuestos indispensables para regularlo en la legislación y proponer regulación normativa relativa a la aplicación de la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales y a su vez determinar la aplicación del plazo prescriptorio en el hábeas corpus y el agotamiento de la vía previa en el proceso de la acción de amparo.

### 3.3. Escenario de estudio

El Proceso Constitucional apunta al instrumento procesal establecido en la Constitución Política y al Código Procesal Constitucional, por cuanto se permite a un órgano de la Jurisdicción Constitucional, Poder Judicial o Tribunal Constitucional, resolver una controversia, estos dos órganos Constitucionales son los competentes para resolver las controversias a través de instrumentos procesales que tienen por finalidad hacer prevalecer el orden constitucional, es decir la protección jurídica de la Constitución. La investigación se realiza porque actualmente, los temas de Estado democrático y constitucional de derecho, derechos constitucionales, recurso de agravio constitucional, procesos constitucionales de Hábeas Corpus y Amparo ha dado lugar a muchas opiniones de grandes expertos, por lo que esto será importante en la medida que los derechos fundamentales de la persona se encargan de regular los derechos reconocidos por la constitución, son los derechos esenciales que se han recepcionado, cimentado y robustecido dentro de un ordenamiento constitucional, conformado por las libertades, que además de proteger la dignidad de la persona humana, son derechos objetivos que dan solidez a la sociedad y al estado. Para otro sector de la doctrina los derechos fundamentales como se ha señalado, uno de los problemas que se presentan a la hora de hablar de derechos es que no existe una única denominación para hacer referencia al



contenido mínimo que ha sido estipulado. Recordemos que desde este contenido mínimo, los derechos son un elemento de legitimidad del poder político, tienen como objetivo la protección del individuo (son exigencias éticas de dignidad), interviniendo dentro de este proceso, el Tribunal Constitucional, poder judicial, los jueces, la sociedad y los afectados.

Por lo que se ha tomado en cuenta este escenario para poder establecer las repercusiones que de ellas resulten, para poder tener una visión clara ya que muchas veces puede verse sumergido en estos beneficiando no solo a los operadores jurídicos, sino también a los estudiantes de derecho para una mejor regulación constitucional de los derechos fundamentales de la persona y por ello que se debe de hacer un tratamiento más minucioso y delicado.

#### 3.4. Caracterización de los sujetos

La investigación tiene como sujetos, el Tribunal Constitucional, Poder Judicial, los Jueces y la sociedad.

En primer lugar se encuentra los Tribunales Constitucionales son los encargados de velar por los conflictos de un derecho constitucional que no sea regulado por la normativa legal estos van a resolver los conflictos que se susciten en el caso de vulneración de un derecho constitucional, tenemos al poder judicial tiene por función constitucional el viabilizar la intervención del estado mediante órganos de fallo adscritos a una terceridad imparcial y compositiva, tendentes a dirimir los conflictos interindividuales de naturaleza jurídica, los jueces quienes por imperio de la ley son los facultados para interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos y los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulten de las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional. Es decir este órgano competente debe aplicar el derecho que corresponde al proceso en el caso de violación o amenaza de violación de un derecho constitucional para resolver la controversia en cuestión.

Luego tenemos a la sociedad quien va a contribuir a la detención de aquellos sujetos que han vulnerado algunos de los derechos constitucionales recocidos en nuestra constitución como en el código procesal constitucional.

Por ultimo tenemos a los afectados quienes son las personas legitimadas para interponer el proceso cuando se vean vulnerados sus derechos amparados regulados por nuestro código procesal constitucional. En su condición de persona natural o física afectada en

sus derechos constitucionales, puede interponer directamente o a través de apoderado, no siendo necesaria la inscripción de la representación otorgada.

### 3.5. Procedimientos metodológicos de investigación

#### Metodología de análisis e interpretación de los datos

Nuestra investigación se ajusta dentro del análisis de las diferentes posturas jurisprudenciales, extraerlas y establecerlas dentro de nuestra investigación como sustento de nuestra postura adoptada, y es necesaria para determinar cada uno de los presupuestos de la amenaza como medio de agresión de los derechos constitucionales. Determinar si es necesaria la implementación de normativa dentro del Código Procesal Constitucional relativo a la amenaza como medio de agresión a los derechos constitucionales por lo que será importante en nuestra investigación para determinar cada uno de los presupuestos de la amenaza y de esta manera poder regular su contenido en nuestra legislación, al ser una verdadera agresión a los derechos fundamentales, debe estar regulada bajo las reglas de la afectación efectiva, por lo que se debe aplicar los requisitos procesales del plazo de prescripción y del agotamiento de las vías previas.

A continuación desarrollaremos cada uno de los métodos :

#### Método Dogmático

Aquella actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho para de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización.

Parte de la existencia de ciertos dogmas o proposiciones, cuyo objetivo es la Interpretación de la naturaleza de ciertas Instituciones Jurídicas, así como también hacer posible la explicación de las Normas del modo que más se adecue a la realidad social y por ende del caso concreto.

Por tanto, respecto a la investigación realizada, analizaremos los derechos fundamentales, derechos constitucionales, recurso de agravio constitucional, los procesos constitucionales de Hábeas Corpus y Amparo, para llegar a una conclusión exhaustiva y acorde con nuestra legislación. Aplicándose en la medida que

desarrollaremos cada una de las instituciones antes mencionadas con el objetivo de llegar a una solución sólida del problema planteado.

### Método Sintético

Es un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata en consecuencia de hacer una explosión metódica y breve, en resumen. En otras palabras debemos decir que la síntesis es un procedimiento mental que tiene como meta la comprensión cabal de la esencia de lo que ya conocemos en todas sus partes y particularidades.

Es el que va de lo más simple a lo compuesto, o de lo conocido a lo desconocido o poco conocido.

Se aplica a nuestra investigación mediante un análisis exhaustivo, mediante el razonamiento de cada una de las categorías antes mencionadas, para llegar a establecer cada uno de los presupuestos de la amenaza y poder regularlo dentro del marco normativo, encontrando la solución más acorde con el problema planteado. Con el propósito de desarrollar el objetivo general de manera que será preciso desarrollar los objetivos específicos encaminados a resolver el problema planteado.

### 3.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Tenemos en la investigación realizada:

- Observación: La técnica se utilizó como una herramienta básica para entrar en contacto con la realidad social y como instrumento se ha seleccionado el registro casuístico, el mismo que le permitirá recolectar información en el natural en el cual se da la situación problemática.
- La entrevista: El uso de esta técnica se orientó para conseguir información en forma de diálogo e interacción.
- Revisión documentaria: el proceso de revisión documentaria en la investigación estuvo orientada a la detección, obtención, consulta y extracción de información para la estructuración de las bases teóricas de la investigación de una diversidad de fuentes de consulta (artículos de revistas, libros, páginas web, informes de investigación, etc.)

Analizada la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0052-2004-AA/TA, que hasta la fecha han pasado 10 años, en el Anexo N° 1, se concluye declarar infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa y fundada la acción de amparo puesto que ha lesionado el derecho a la educación del favorecido.

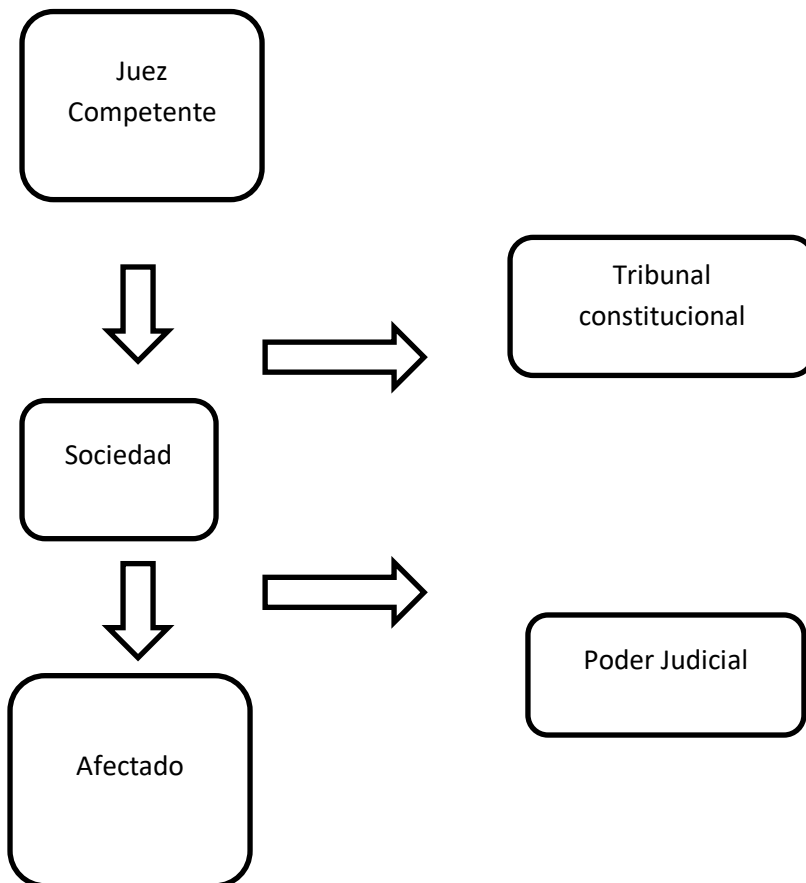
Analizada la STC N° 02309-2007-PA/TA, que hasta el día de hoy han pasado 7 años, en el Anexo N° 2, se concluye declarar infundada la demanda, puesto que la demanda se sustenta en una presunta amenaza de los derechos constitucionales.

Analizada la STC N°1333-2006-PA/TC que hasta el día de hoy han pasado 8 años, en el Anexo N° 3, se concluye declarar fundada la demanda de amparo referido a la invocada amenaza de los derechos constitucionales.

Analizada la STC N° 0477-2002-AA/TC han transcurridos 12 años hasta hoy, en el Anexo N° 4, se concluye declarar infundada la demanda en consecuencia no se ha acreditado que exista amenaza o violación de los derechos constitucionales. Y por último tenemos la STC N° 0733-1998-AA/TC en el Anexo N° 5, se concluye declarar improcedente la acción de amparo y asimismo declarar infundada la excepción de caducidad.

### 3.7. Mapeamiento

En los recuadros se establece al juez competente quien es el encargado de verificar la vulneración de los derechos constitucionales. Tenemos al afectado es la persona legitimada para interponer el proceso, cuando se vean vulnerados sus derechos amparados regulados por nuestro Código Procesal Constitucional. En su condición de persona natural o física afectada en sus derechos constitucionales, puede interponer directamente o a través de apoderado, no siendo necesaria la inscripción de la representación otorgada. El Poder Judicial, la actividad jurisdiccional del poder judicial tiene por función constitucional el viabilizar la intervención del estado mediante órganos de fallo adscritos a una terceridad imparcial y compositiva, tendentes a dirimir los conflictos interindividuales de naturaleza jurídica, con el objeto de restablecer la convivencia pacífica mediante la resolución de dichas controversias por la vía de la recta aplicación o integración de la ley en sentido lato. Y por último al Tribunal Constitucional que es el órgano supremo para la resolución de las sentencias que emiten vulneraciones derechos constitucionales.



### 3.8 Tratamiento de la información

#### 3.8.1 El procesamiento de la información desde la triangulación hermenéutica.

Entiéndase por “proceso de triangulación hermenéutica” la acción de reunión y cruce dialéctico de toda la información pertinente al objeto de estudio surgida en una investigación por medio de los instrumentos correspondientes, y que en esencia constituye el corpus de resultados de la investigación.

##### 1.- Selección de la información

La selección de la información es lo que permite distinguir lo que sirve de aquello que es desechable. El primer criterio guía para esta acción es el de pertinencia, que se expresa en la acción de sólo tomar en cuenta aquello que efectivamente se relaciona con la temática de la investigación y el segundo criterio, que es el de relevancia, lo que se devela ya sea por su recurrencia o por su asertividad en relación con el tema que se pregunta.

Estos hallazgos de información pertinente y relevante son los que permiten pasar a la fase siguiente.

## **2.- La triangulación del marco teórico**

Como acción de revisión y discusión reflexiva de la literatura especializada, actualizada y pertinente sobre la temática abordada, es indispensable que el marco teórico no se quede sólo como un enmarcamiento bibliográfico, sino que sea otra fuente esencial para el proceso de construcción de conocimiento que toda investigación debe aportar. Para ello, hay que retomar entonces esta discusión bibliográfica y desde allí producir una nueva discusión, pero ahora con los resultados concretos del trabajo de campo desde una interrogación reflexiva entre lo que la literatura nos indica sobre los diversos tópicos, que en el diseño metodológico hemos materializado como categorías y sub-categorías, y lo que sobre ello hemos encontrado cuando hemos realizado la indagación de la información. La realización de esta triangulación es la que confiere a la investigación su carácter de cuerpo integrado y su sentido como totalidad significativa.

## **3.- La interpretación de la información**

La interpretación de la información constituye en sí misma el “momento hermenéutico” propiamente tal, y por ello es la instancia desde la cual se construye conocimiento nuevo en esta opción paradigmática.

El poder realizar correctamente este proceso interpretativo se ve enormemente posibilitado cuando partimos de elementos teóricos de base, que nos permiten pensar orgánicamente y, con ello, ordenar de modo sistematizado y secuencial la argumentación.

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Descripción de resultados

#### 4.1.1 Fundamentación de objetivos

La presente investigación titulada "La regulación constitucional de la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales", ha tenido como objetivo general, determinar si es necesaria la implementación de normativa dentro del Código Procesal Constitucional relativo a la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales. La finalidad del objetivo estriba principalmente en hacer posible que el Código Procesal Constitucional que si bien ha establecido que proceden los procesos constitucionales frente a la amenaza de derechos fundamentales, esta debe ser cierta e inminente, por lo que se debe aplicar los presupuestos del Tribunal Constitucional respecto a la amenaza, y recurrir al derecho comparado estableciendo que la agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de este tipo de derechos, al ser una verdadera agresión a los derechos fundamentales debe estar regulada bajo las reglas de la afectación efectiva, en tanto se debe aplicar los requisitos procesales del plazo de prescripción y el agotamiento de las vías previas. Obteniendo que en nuestro país si es posible la regulación de la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales.

Partimos del análisis de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia ha abordado de manera directa e indirecta, el tema de la amenaza de los derechos fundamentales. En la Sentencia T-383 de 2001 la Corte recogió los criterios que corresponden a los lineamientos centrales de la jurisprudencia de esta corporación de la materia: a) elemento subjetivo consistente en la convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro, para el goce y disfrute del derecho. b) elemento objetivo, consistente en la presencia de condiciones fácticas que razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro para el goce y disfrute de un derecho. La existencia de un riesgo o peligro para el goce o disfrute de un derecho fundamental está sujeto, como se indicó, a la evaluación de un patrón fáctico que conducirá al incumplimiento de las obligaciones de respeto y protección de los derechos constitucionales y humanos que tiene el Estado y, de esta manera conlleve la imposibilidad de disfrutar del derecho plenamente. En este sentido, partiendo de esta sentencia el derecho constitucional se verá afectado con la existencia de obligación de imponer una sanción en caso de realizar determinada conducta (bajo el supuesto de que tal conducta es compatible o expresión del goce de un derecho fundamental). La no imposición de la sanción ante el incumplimiento no implica

inexistencia de violación, sino el incumplimiento de una obligación del funcionario competente.

Como bien lo expresa el maestro Peruano BLUME FORTINI, se puede señalar que el Derecho Constitucional es aquella disciplina jurídica autónoma, adscrita al Derecho público y surgida como resultado del nacimiento del liberalismo y del triunfo de las ideas que defendieron la democracia representativa y participativa como sistema de gobierno, que se encarga del estudio de las instituciones que estructuran el Estado y organizan sus funciones básicas, estableciendo las nociones conceptuales tendientes a explicar su entramado organizacional y las reglas interpretativas destinadas a resolver el mismo, así como del estudio de las instituciones que consagran los derechos individuales o colectivos de las personas, y los garantizan y protegen frente a los abusos del poder.

El artículo V del título preliminar del Código procesal Constitucional, versa sobre la interpretación de los derechos constitucionales, es decir permite ir más allá de nuestras fronteras y no solamente establecer parámetros de interpretación basados en la doctrina y la jurisprudencia nacional, sino que nos permite acoger la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales supranacionales de los cuales nuestro estado es parte, así existe para el juez constitucional la posibilidad de establecer en sus sentencias los cánones internacionales en materia de derechos constitucionales. De esta manera en la protección de los derechos constitucionales los jueces podrán recurrir no solamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y las decisiones adoptados por los Tribunales constitucionales del ciudadano.

Tal como lo establece BUSTAMANTE ALARCÓN, que los Derechos Fundamentales son la base de todo el ordenamiento jurídico político, aquellos que lo inspiran, lo determinan y lo fundamentan. Su evidente importancia ha dado lugar a que se escriban muchas páginas y se formulen no pocas teorías en su entorno, de tal manera que su desarrollo doctrinal, aunado a un despliegue jurisprudencial importante en el Derecho comparado, ha llevado a muchos a sostener la existencia de una ciencia de los derechos fundamentales. Con todo, parte de esas teorías reflejan posiciones encontradas que aun no han sido resueltas, otras abordan distintos aspectos de los derechos fundamentales que las diferencian unas de otras, por lo tanto, brindar una definición que comprenda todo lo que los derechos fundamentales son, de tal manera que cubra todos los ámbitos de su existencia, puede ser una tarea no sólo imposible sino inconveniente. Es más un sector de la doctrina y jurisprudencia comparada considera que los derechos fundamentales no



son otra cosa que los derechos humanos positivados en los ordenamientos jurídicos estatales, principalmente en su normativa constitucional.

De nuestra investigación, conforme a lo sostenido por BUSTOS PINTOS, en el caso peruano la Constitución no establece diferencias expresas entre derechos constitucionales y fundamentales. Si bien el Capítulo I del Título I de la Carta se denomina "Derechos fundamentales de la persona", la jurisprudencia y la doctrina generalmente equiparan ambas nociones, considerando igualmente importantes y amparables todos los derechos reconocidos en la norma fundamental, independientemente de donde se encuentren. Es más, no solo los derechos expresamente reconocidos son considerados fundamentales, sino también los llamados "derechos no enumerados", o "implícitos" (conforme al artículo 3 de la Constitución) así como los consagrados en los tratados sobre derechos humanos y vinculantes para el Perú.

Como bien lo expresa el maestro CASTILLO CÓRDOVA, las demandas de amparo, hábeas corpus y hábeas data proceden para asegurar el cumplimiento efectivo del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que, explícita o implícitamente vienen recogidos en la norma constitucional. Se trata de garantías constitucionales que se activan como instrumentos de defensa que reaccionan frente a la agresión manifiesta de algún derecho fundamental, provenga la agresión del poder público (en cualquiera de sus variantes, y a través de sus órganos o instituciones) como de los particulares. De modo que la regla general es que independientemente de quien sea el agresor e independientemente del contenido de la agresión, siempre que se produzca la agresión manifiesta del contenido constitucional de un derecho fundamental, deberá ser posible la presentación de una demanda constitucional.

De conformidad con el artículo 2 del Código Procesal Constitucional que prescribe, los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenaza o viola los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque que la amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización. La agresión manifiesta de un derecho fundamental puede acontecer por acción u omisión de acto debido por el agresor, y esa acción o esa omisión pueden agredir el derecho fundamental ya sea porque crean una situación de amenaza de violación o porque crean una situación de una violación efectiva de su contenido constitucional.

SALOMÉ RESURRECCIÓN, prescribe al respecto, el Código Procesal Constitucional señala también que los procesos constitucionales de libertad buscan reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (o disponer el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo, pero este último es aplicable únicamente al proceso de cumplimiento). Atendiendo a esta finalidad se puede inferir que cuando la amenaza o vulneración de un derecho constitucional ha cesado o se ha convertido en irreparable, carece de sentido recurrir a los procesos constitucionales de la libertad. Por ello, resulta razonable que el inciso 5 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional haya establecido la siguiente causal de improcedencia: "No proceden los procesos constitucionales: a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable".

En la STC exp. N° 1333-2006-PA/TC, el recurrente, invoca la violación y amenaza de violación, entre otros, de sus derechos constitucionales a la dignidad, a no ser discriminado y la buena reputación, al trabajo y a la igualdad ante la ley, interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de que se declaren inaplicables el acuerdo pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, en la parte que lo declara postulante no apto para el concurso nacional para cubrir vacantes de vocales y fiscales supremos materia de la convocatoria N° 002-2003 debido a su condición de magistrado no ratificado; así como la resolución N° 034-2004-CNM, del 23 de enero del 2004, que declaró infundado del recurso de reconsideración que interpuso contra dicha decisión. Consecuentemente, solicita se le declare apto para el concurso público, materia de la convocatoria N° 001-2004- CNM. Por lo demás, el recurrente también manifiesta que, respecto de las futuras convocatorias que efectúe el Consejo Nacional de la Magistratura, existe una amenaza de violación de sus derechos constitucionales.

En tal sentido y teniendo en cuenta que, como se ha visto anteriormente, el recurrente ya ha sido descalificado – declarado no apto para el Concurso Público materia de la Convocatoria N° 002-2003-CNM- debido a su condición de no ratificado inmotivadamente, el Tribunal Constitucional estima, en concordancia con lo expuesto a lo largo de la presente sentencia, que resulta evidente la existencia de una amenaza de violación del derecho constitucional a no ser discriminado, previsto en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, toda vez que, asumida la tesis de que la ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en dicha situación, el postulante se encuentra impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación, cuando tal prohibición no rige, incluso,

para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154, inciso 2) de la Constitución Política del Estado, no puede impedir en modo alguno el derecho al demandante a postular nuevamente a la Magistratura.

En conclusión, a la postulación de los resultados del objetivo general, ha sido de gran ayuda el análisis de la sentencia de la Corte Internacional de Colombia que ha abordado de manera directa e indirecta, el tema de la amenaza de los derechos fundamentales. Basándose en dos criterios, el primero el elemento subjetivo consistente en la convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro, para el goce y disfrute del derecho y el elemento objetivo consistente en la presencia de condiciones fácticas que permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro para el goce y disfrute del derecho. En este sentido estableciendo estos criterios, es necesaria la regulación normativa de la amenaza como medio de afectación de los derechos.

En cuanto a los objetivos específicos estos fueron cuatro:

- A) Determinar si a la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales en el caso del proceso constitucional de hábeas corpus le es aplicable el plazo prescriptivo regulado en el Código Procesal Constitucional. Toda vez que de este análisis nos permitirá ampliar nuestra visión de lo que se entiende a nivel nacional de amenaza de los derechos constitucionales, en este objetivo, recurriendo a la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Para el procesalista Argentino PEYRANO, los procesos constitucionales se ocupan sustancialmente de tutelar la supremacía constitucional y los derechos públicos subjetivos, entendiéndose por tales un conjunto de actos relacionados entre sí y de índole teológica por o ante la Magistratura Constitucional, y que permite desarrollar la actividad jurisdiccional constitucional.

Precisamente el Código Procesal Constitucional en su artículo II del Título Preliminar ha establecido que los procesos constitucionales tienen como finalidad, por un lado , garantizar el principio jurídico de la supremacía de la constitución y, por otro lado preservar la observancia de la vigencia de los derechos fundamentales de la persona.

Como vemos, tanto en el Código como el Tribunal Constitucional apuntan a una fórmula en la que los procesos constitucionales se erigen como medios de resguardar

adecuadamente los derechos fundamentales, con lo cual se determina una finalidad concreta que se extiende a los procesos de la libertad y orgánicos, presupuesto que dirige la actividad del juzgador constitucional para evaluar los presupuestos que arriban a su despacho y que exponen la presunta transgresión de los derechos y principios establecidos en la Carta Política del Estado.

ACOSTA MELÉNDEZ ha señalado, que el alto Tribunal reconoce que "La Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos". A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es cosustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, previstas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

En esta línea el proceso constitucional de Hábeas Corpus es un proceso judicial que tiene como finalidad proteger la libertad de la persona y los derechos constitucionales conexos con ella, ante violaciones o amenazas de violación provenientes de una autoridad o de un particular. Es decir es un mecanismo procesal destinado a garantizar el derecho a la libertad individual y ambulatoria frente a la amenaza o vulneración de parte de autoridades y funcionarios del poder público, así como de los particulares.

Previstos en el artículo 1 primer párrafo del Código Procesal Constitucional, los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data, tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de acto administrativo.

La primera cuestión procesal es la relacionada con el plazo de prescripción, surgiendo la siguiente pregunta ¿corre el plazo de prescripción cuando se trata de una amenaza de un derecho fundamental? la cuestión no se formula respecto del hábeas corpus, sino respecto del amparo y complementariamente, respecto del hábeas data. Que no se formula respecto del hábeas corpus lo ha dispuesto expresamente el artículo 5 inciso 10 del Código Procesal Constitucional, que se ha dispuesto del amparo queda comprobado de la lectura del artículo 44 del Código Procesal Constitucional, y esta institución es extensible al hábeas data lo confirma el artículo 65 del mencionado Código.

SALINAS CRUZ, ha establecido el siguiente fundamento que el reconocimiento de derechos fundamentales implica necesariamente la existencia de mecanismos procesales que concreten su protección, con lo cual se puede señalar que están intrínsecamente ligados a estos. Conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen la finalidad de garantizar el principio de supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. La finalidad de los procesos constitucionales de la libertad se logra, como lo señala el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración o a la amenaza de vulneración del derecho constitucional protegido. En este sentido no se debe aplicar el plazo de prescripción al proceso de habeás corpus, así lo ha dispuesto el artículo 5 inciso 10 del Código procesal Constitucional. De aquí que el texto constitucional regule con meticulosidad los derechos fundamentales, articulando técnicas jurídicas que posibilitan la eficaz salvaguarda de tales derechos, es decir la importancia de este proceso se encuentra directamente relacionada con el bien jurídico que protege.

Por lo que CASTILLO CÓRDOVA, ha establecido que en estricto, y desde un plano teórico, el plazo de prescripción tendría que computarse también respecto de las situaciones de amenaza de un derecho fundamental. Las razones son la siguientes: primera el fundamento de la exigibilidad de un plazo es predicable igualmente a las situaciones de amenaza. En efecto, si el fundamento es la exigencia de una tutela constitucional urgente que demanda la agresión de un derecho fundamental, de modo que si el que se dice el agraviado no actúa con prontitud en la presentación oportuna de la demanda se le debe castigar por negligente, entonces, no es posible admitir que un agraviado por amenaza de violación de un derecho fundamental que actúa sin la diligencia debida, pueda no ser sancionado por su negligencia y permitírsele interponer la demanda de amparo más allá del plazo considerado como razonable por el legislador. Por lo demás, si realmente la amenaza cumple la exigencia de ser una de inminente realización, no parece razonable aceptar la posibilidad de una demanda de amparo presentada más allá de un plazo que incluso en sí mismo parece no condecirse estrictamente con la exigencia de la inminencia.

A lo dicho se podría contestar de la siguiente manera: se estaría creando una situación de indefensión si no se permite la posibilidad de interponer una demanda de amparo por amenaza de violación de un derecho fundamental porque si vencido el plazo para interponer la demanda por amenaza tampoco se podría interponerla cuando la amenaza se convierte en violación efectiva del derecho fundamental. Sin embargo, esta objeción es plenamente contestable con lo cual se ingresa a la segunda de las razones para

admitir el cómputo del plazo de prescripción también para las situaciones de amenaza. Y se contesta de la siguiente manera: la agresión de un derecho fundamental puede tomar la modalidad de amenaza o violación efectiva, una y otra son modalidades de agresión distintas y perfectamente individualizables y diferenciables. Esto significa que si se produce una agresión por amenaza de violación, y no se interpone la demanda de amparo en el plazo, puede interponerse la demanda constitucional una vez que la amenaza se convierte en violación efectiva, debido a que nos encontraríamos ante una nueva y distinta agresión y por tanto, ante un nuevo y distinto cómputo del plazo de prescripción.

La respuesta del Tribunal Constitucional ha sido distinta, y ha optado el supremo intérprete de la Constitución por entender que el plazo de prescripción empieza a correr también cuando la agresión del derecho fundamental es una amenaza. En la STC exp. N° 0733-1998-AA/TC, el Tribunal Constitucional manifestó que "este Tribunal Constitucional entiende que la institución de caducidad en la acción de amparo no puede alegarse respecto de supuestas amenazas de violación de derechos constitucionales, sino únicamente de actos que hayan sido ejecutados y a los cuales se repute como agravio. En esta misma línea, mas recientemente ha dado su razón para sustentar su posición, y esa ha sido considerar que todas las situaciones de amenaza de un derecho fundamental son situaciones de agresiones continuadas de un derecho fundamental por lo que no podría computarse el plazo de prescripción.

De modo que la respuesta a la primera cuestión procesal planteada es la siguiente: las agresiones de derechos fundamentales manifestadas como amenazas como regla general están sometidas al plazo de prescripción, salvo que se trate de amenazas de ejecución continuada, en cuyo caso no empezaría a computarse el plazo referido. Las razones que se han dado para sustentarla deberían provocar un cambio jurisprudencial y legislativo, ya que como se ha visto estos van en la línea de que ningún caso se empezaría a contar el plazo de prescripción en el caso de las amenazas que agreden derechos fundamentales.

Por último como establece JUAREZ JURADO, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien existe uniformidad en considerarlo como un plazo de prescripción, sin embargo existen a su vez argumentos varios que invitan a repensar y reconsiderar tal identificación. De allí que los autores del Proyecto de Reforma del actual Código Procesal Constitucional hayan propuesto la modificación del artículo 44 en este sentido. Este jurista, si embargo, ha considerado que el plazo de interposición de la demanda de

amparo tiene naturaleza, contenido y características propias y distintas de las figuras de la prescripción y la caducidad, es decir que no es ni una ni otra, por cuanto los mismos no compatibilizan con los fines y principios de la Justicia Constitucional. Por lo que se debe utilizar el significado gramatical como "extingue", "fenece", "finaliza" o "concluye", ello a fin de evitar asimilarlo con las figuras análogas del derecho común. Y, en caso de mantenerse dichas locuciones, deben los mismos ser interpretados en su significado estrictamente gramatical.

Se concluye, a la postulación de los resultados del objetivo específico, determinamos que los procesos constitucionales se ocupan sustancialmente de tutelar la supremacía constitucional y los derechos públicos subjetivos, así como también el Tribunal Constitucional apunta que los procesos constitucionales son verdaderos medios de resguardar los derechos fundamentales. Es así que las investigaciones de Acosta Meléndez y Salinas Cruz han sido de gran ayuda para conceptualizar que el proceso constitucional de amparo está sujeta a plazo de prescripción. Por último como establece Juárez Jurado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado que el plazo de interposición de la demanda de Amparo tiene naturaleza, contenido y características propias y distintas de las figuras de la prescripción y caducidad, es decir que no es ni una ni otra, por cuanto los mismos no compatibilizan con los fines y principios de la Justicia Constitucional.

- B) El segundo objetivo específico es determinar si a la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales en el caso del proceso constitucional de amparo, le es aplicable el agotamiento de las vías previas reguladas en el Código Procesal Constitucional. Para llevar a cabo este objetivo hemos realizado una investigación exhaustiva de nuestra legislación.

Para el Jurista Peruano HUMBERTO HENRIQUEZ, el proceso constitucional de Amparo, es una institución procesal que tiene como finalidad proteger los derechos constitucionales, con excepción de aquellos que protege el hábeas corpus y el hábeas data. Su ámbito de aplicación es mucho más amplio que el de los demás procesos constitucionales, garantiza por tanto, derechos de primera generación, de segunda generación y de tercera generación; su eficacia es relativa debido a que estos son de aplicación progresiva, de acuerdo a la disponibilidad presupuestal de los estados, que como sabemos siempre son deficitarios.

El proceso de amparo es un proceso constitucional previsto en el artículo 200 inciso 2 de la Constitución, que se encarga de la tutela de los derechos constitucionales no

protegidos por otros procesos constitucionales, frente a la vulneración o amenaza cierta e inminente por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona de la que fueron objeto. El artículo 200 inciso 2 de la Constitución señala la acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente: no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

El maestro PRADA CÓRDOVA, señala que la primera parte del precitado artículo 200, prescribe que el amparo procede frente amenazas o vulneraciones dirigidas contra derechos constitucionales, distintos de la libertad individual y sus derechos conexos. No siendo necesario que la amenaza todavía no se haya concretado en un hecho real, porque se basta que dicha amenaza sea de inminente realización. Esto quiere decir que es suficiente que exista la certeza que se concrete la amenaza, para que la persona que se considere lesionada con su efectivización recurra al amparo. La segunda parte de esta disposición, señala que el amparo "no procede contra normas legales ni contra las resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular". Es decir, que quien se considere lesionado en su derecho no puede interponer una demanda de amparo, cuando la sentencia haya sido dictada en un proceso legal.

El artículo 45 del Código Procesal Constitucional señala, agotamiento de las vías previas: el amparo solo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

En la STC exp. N° 0052-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que respecto de la excepción deducida, si bien el artículo 27 de la ley N° 23506 establece que solo procede la acción de amparo cuando se haya agotado la vía previa, el artículo 28 inciso 2, precisa que no es exigible cumplir tal requisito en caso de que su cumplimiento pudiera convertir en irreparable la agresión. El Tribunal Constitucional considera que tal exigencia, en el presente caso, es irrazonable, puesto que habría que esperarse su cumplimiento, lo cual postergaría el ejercicio del derecho a la educación del beneficiario y, particularmente, el de matricularse y estudiar en el año escolar correspondiente, por lo que la excepción deducida debe ser desestimada.

En la STC exp. N° 1848-2004-A/TC, señala que el artículo 28 de la ley N° 23506 establece, en su inciso 1), que no será exigible el agotamiento de la vía previa cuando una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, se ejecute antes de que venza el plazo para que sea consentida. En el presente caso, la resolución cuestionada



fue ejecutada inmediatamente, razón por la cual la recurrente estaba exonerada de transitar por la vía previa establecida en el artículo 20 del estatuto.

Por lo que debemos tener presente una segunda cuestión procesal en torno a la amenaza como modalidad de agresión de los derechos fundamentales puede formularse y tiene que ver con la vía previa: ¿hay vía previa que agotar cuando se trata de una amenaza cierta e inminente de violación de un derecho fundamental? esta pregunta se plantea solo del amparo, debido a que no existen vías previas en el caso del hábeas corpus (artículo 5.3 Código Procesal Constitucional); y en el caso del hábeas data existe un requisito especial que la demanda que hace inexigible la vía previa administrativa que pueda existir (artículo 62 Código Procesal Constitucional). A diferencia del caso anterior ni existe una disposición ni un criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional que permita dirigir la argumentación en respuesta a esta segunda cuestión procesal. Por lo que se tendrá que acudir a la significación misma de la amenaza para formular la siguiente respuesta: si la amenaza es una modalidad de agresión de los derechos fundamentales, que lo es, debe ser tratada como tal para todos los efectos, así como regla general ya explicada antes, estará sometida a un plazo de prescripción, y tendrá que estar sometida a la obligación de agotar la vía previa cuando ella sea exigible.

A efectos de ser considerada como una agresión a un derecho fundamental, nada diferencia una amenaza de una violación efectiva. Las diferencias van en otro sentido, pero no en la significación de una y otra como verdaderas agresiones al contenido constitucional de un derecho fundamental.

Como bien lo expresa el maestro Peruano CASTILLO CÓRDOVA, en este sentido se ha movido la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual en casos en los que se alega la agresión de un derecho fundamental en la modalidad de amenaza, solo declaraba inexigible el agotamiento de la vía previa si en los hechos se verificaba el cumplimiento de alguna causal de inexigibilidad prevista en el artículo 46 del Código Procesal Constitucional. Así, por ejemplo, en un caso en el que la demanda de amparo fue declarada fundada por amenaza de derechos "como la misma propiedad, la tranquilidad, la integridad, la salud o, incluso la vida", manifestó el Tribunal Constitucional que "en el caso de autos no es exigible agotar cualquier trámite administrativo, pues este no se encuentra regulado", de modo que de haberse encontrado regulado tendría que haber agotado previamente ese trámite administrativo. y en otro caso concreto, aunque falló infundada la demanda, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la exigibilidad de la obligación de agotamiento de la vía previa, al manifestar lo siguiente: "considerando que

los comerciantes integrantes de la asociación recurrente alegan que la carta notarial del 20 de marzo de 2002 constituye una amenaza de violación de su derecho al trabajo, no resulta exigible el agotamiento de la vía previa, pues ello pudiera significar que la supuesta afectación constitucional se convierta en irreparable. Consecuentemente, si la amenaza de violación no hubiese supuesto en los hechos la posibilidad de que el agotamiento de la vía previa pudiera convertir en irreparable la agresión del derecho fundamental, habría exigido su tránsito previo a la interposición de la demanda constitucional.

En síntesis, como bien señala el jurista Humberto Henríquez, el proceso constitucional de Amparo, es una institución procesal que tiene como finalidad proteger los derechos constitucionales, el cual se encuentra previsto en el artículo 200 inciso 2 de la Constitución Política del Estado. Es así que la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0052-2004-AA/TC establece que solo procede el ampro cuando se haya agotado la vía previa, el artículo 28 inciso 22, precisa que no es exigible cumplir tal requisito en caso de que su cumplimiento pudiera convertirse en irreparable la agresión. Por lo que llegamos a afirmar que el Proceso Constitucional de Amparo está sujeto al agotamiento de las vías previas tal como se encuentra establecido en el artículo 45 del Código Procesal Constitucional, así como las excepciones al agotamiento de las vías previas previsto en el artículo 46 del mencionado Código. Como bien lo expresa el maestro Peruano Castillo Córdova en casos en los que se alega la agresión de un derecho fundamental en la modalidad de amenaza, solo declaraba inexigible el agotamiento de las vías previas si en los hechos se verificaba el cumplimiento de alguna causal de inexigibilidad prevista en el artículo 46 del Código procesal Constitucional.

- C) El tercer objetivo específico es proponer conforme a un análisis jurisprudencial los presupuestos de aplicación de la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales. Es por ello que para llevar a cabo este objetivo, hemos realizado una investigación basándonos en las sentencias del Tribunal Constitucional.

El Código Procesal Constitucional ha establecido que si bien proceden los procesos constitucionales frente a la amenaza de derechos fundamentales, esta debe ser cierta e inminente; de manera que la protección que estos brindan no solo evite la concretización de la afectación sino que también desaparezca la amenaza.

En este sentido la certeza predicada de la amenaza debe significar que las circunstancias fácticas y jurídicas se puede concluir objetivamente que el impedimento de realización de

alguna o todas las facultades que el derecho fundamental otorga a su titular, se dará verdadera, segura o indubitablemente. No basta la mera sospecha o la simple conjetura o la sola posibilidad de que la afectación del ejercicio del derecho fundamental se manifestará, sino que se requiere de la seguridad que ello ocurrirá. Por lo que en la STC exp. N° 0477-2002-AA/TC, del 6 de noviembre de 2002 señala el Tribunal Constitucional, que la amenaza de violación de un derecho constitucional se acredita cuando esta es cierta, es decir, cuando el ejercicio es real, efectivo, concreto e ineludible. Se excluyen pues del amparo, hábeas corpus y hábeas data los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. Que sea real significa que tiene que estar basado en hechos verdaderos; que sea efectivo implica que inequívocadamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; que sea tangible que debe percibirse de manera precisa, y que sea ineludible significa que implicará irremediablemente una violación concreta. En estos casos, debe actuarse dejando de lado conjeturas o presunciones y es que la certeza está referida a la veracidad de la amenaza, es decir la seguridad objetiva de que esta va a contener no por suposición subjetiva del recurrente, sino porque el juez la encuentra objetivamente planteada en el caso concreto.

Como bien lo expresa el maestro Peruano CASTILLO CÓRDOVA, precisa que la amenaza debe ser real y no hipotética, y que debe ser de tal naturaleza que se desprenda inequívocamente el hecho de que de mantenerse la situación de amenaza se convertirá en violación efectiva en un tiempo bastante breve. Asimismo ya el Tribunal Constitucional en la STC exp. N° 00804-1998-AA/TC, de fecha de 3 marzo de 1999, dejó sentado que la agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de este tipo de derechos. En este sentido la finalidad de los procesos constitucionales es evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, y, además hacerla desaparecer. Sin embargo también aclara que no todas las amenazas resultan justiciables en los procesos constitucionales, sino tan solo aquellas que en forma actual, inminente y concreta lesionan alteran o amenazan con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos constitucionales.

ACOSTA MELÉNDEZ, señala que en la STC exp. N° 05296-2007-PA/TC; que el Código Procesal Constitucional ha previsto diversos presupuestos que hacen viable la interposición de demandas destinadas a la protección de los derechos correspondientes al ámbito propio de cada proceso. Así, por ejemplo, tenemos que mientras el hábeas corpus responde a la vulneración de la libertad personal, el amparo protege los derechos distintos a esta y a los resguardados por el hábeas data y cumplimiento, es decir, el

acceso a la información pública y a la autodeterminación informativa, así como a que la administración pública dé cumplimiento a los mandatos de una norma, resolución administrativa y judicial, respectivamente.

SALINAS CRUZ, señala que el reconocimiento de derechos fundamentales implica necesariamente la existencia de mecanismos procesales que concreten su protección, con lo cual se puede señalar que están intrínsecamente ligados a estos. Conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen la finalidad de garantizar el principio de supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. La finalidad de los procesos constitucionales de la libertad se logra, como se ha señalado en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional., reponiendo las cosas al estado anterior de la vulneración o a la amenaza de vulneración del derecho constitucional protegido.

La inminencia como se ha dicho, es el segundo requisito que ha de cumplir la amenaza para ser pasible de discutirse a través de un proceso constitucional. En este sentido. Según la Real Academia de la Lengua, algo inminente es aquello que amenaza o está para suceder prontamente. En este sentido, la inminencia predicada de la amenaza de un derecho fundamental significará que existen elementos de juicio objetivo para concluir que de mantenerse la situación de amenaza esta se convertirá en poco tiempo en una violación efectiva del derecho fundamental.

Respecto a la inminencia este requisito hace alusión a que "el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto", y por ello que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios. Ello significa que se trata de actos que están muy próximos a realizarse, su comisión es casi segura y en un tiempo breve. Algo adicional a la inminencia de la amenaza: esta implica tanto la proximidad en el tiempo de la agresión potencial, como su carácter inexorable, de ineludible realización.

En igual sentido indica CASTILLO CÓRDOVA, Luis; con acierto: "Dos elementos, por tanto, son necesarios distinguir y comprobar: uno, la previsión real y objetiva de que se pasará de un estado de peligro a otro de impedimento efectivo del ejercicio o realización de algunas de las facultades que el derecho fundamental reconoce a su titular; y La previsión real y objetiva de que ese paso o cambio acontecerá en breve plazo, el otro". De esta forma la amenaza que se cierne sobre el derecho protegido además de real y no hipotética, debe ser de tal naturaleza que se desprenda inequívocamente que de

mantenerse la situación, la amenaza se convertiría en violación efectiva en un tiempo bastante breve.

En la presente sentencia STC exp. N° 8152-2006-PA/TC, tiene afirmado el supremo intérprete de la Constitución que "con exigencia de que la amenaza sea también de inminente realización, este Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo; es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación.

De hecho, el alto Tribunal ha distinguido entre hecho futuro inmediato y futuro remoto para predicar la amenaza solo del primero. Así para determinar si la amenaza de un derecho es inminente debe establecerse en primer lugar la diferencia entre actos futuros remotos y actos futuros inminentes. Los primeros son aquellos actos inciertos que pueden o no suceder; en tanto que los segundos están muy próximos a realizarse, su comisión es casi segura y en un tiempo breve. En definitiva se trata de acreditar que la vulneración efectiva del derecho fundamental esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios de duda alguna de su ejecución en un plazo inmediato y previsible.

En conclusión podemos afirmar, que como bien lo expresa el maestro CASTILLO CÓRDOVA, precisa que la amenaza debe ser real y no hipotética, y que debe ser de tal naturaleza que se desprenda inequívocamente el hecho de que de mantenerse la situación de amenaza se convertirá en violación efectiva en un tiempo bastante breve. Teniendo como segundo requisito a la inminencia este requisito hace alusión a que "el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto", y por ello que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios. Llegando a determinar que la amenaza debe ser regulada como medio de afectación de los derechos constitucionales.

- D) El último objetivo específico es proponer regulación relativa a la aplicación de la amenaza como medio de afectación de los derechos constitucionales. Es por ello, que para llevar a cabo este objetivo, hemos realizado una investigación basándonos tanto en el derecho nacional como comparado, obteniendo que en nuestro país si es posible la regulación normativa de la amenaza.

Partimos del análisis de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia ha abordado de manera directa e indirecta, el tema de la amenaza de los derechos fundamentales. En

la Sentencia T-383 de 2001 la Corte recogió los criterios que corresponden a los lineamientos centrales de la jurisprudencia de esta corporación de la materia: a) elemento subjetivo consistente en la convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro, para el goce y disfrute del derecho. b) elemento objetivo, consistente en la presencia de condiciones fácticas que razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro para el goce y disfrute de un derecho. La existencia de un riesgo o peligro para el goce o disfrute de un derecho fundamental está sujeto, como se indicó, a la evaluación de un patrón fáctico que conducirá al incumplimiento de las obligaciones de respeto y protección de los derechos constitucionales y humanos que tiene el Estado y, de esta manera conlleve la imposibilidad de disfrutar del derecho plenamente. Lo anterior implica dos consecuencias distintas. De una parte, que la valoración del riesgo o peligro solo podrá realizarse a partir de considerar el contenido del derecho fundamental que se estima amenazado o en peligro. Lo anterior, por cuanto cada derecho demanda, para efectos de su respeto o para su protección, medidas o conductas distintas.

Por otra parte, generalmente la adopción de medidas de carácter normativo, que afecten el goce de un derecho, no supone su amenaza sino una violación. La obligación de respetar los derechos constitucionales, pueden en consecuencia quebrantarse por situaciones de hecho o por expedición de normas. El control abstracto de la constitucionalidad, sea ante la Corte Constitucional o ante el Consejo de Estado, tiene por objeto establecer, si al dictarse una norma se ha cumplido la obligación de respeto o lo que es lo mismo se ha asegurado la primacía de la Constitución o los derechos constitucionales. Así, cuando se ha dictado una norma incompatible con un derecho, no se amenaza el derecho sino que se ha violado.

En este sentido partiendo de esta Sentencia el derecho constitucional se verá afectado con la existencia de obligación de imponer una sanción en caso de realizar determinada conducta (bajo el supuesto de que tal conducta es compatible o expresión del goce de un derecho fundamental). La no imposición de la sanción ante el incumplimiento no implica inexistencia de violación, sino el incumplimiento de una obligación del funcionario competente. Como se indicó, en el primer punto habrá que abordar la Corte Constitucional se relaciona con la amenaza y violación de los derechos fundamentales. En el derecho Colombiano lo encontramos regulado como la acción constitucional de tutela que procede para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados, así se encuentra establecido en el artículo 86 de la Constitución. En este sentido partiendo de

los criterios adoptados en la Corte Internacional de Colombia es necesaria la regulación de la amenaza.

Por lo que para establecer su regulación debemos establecer también los presupuestos de la amenaza, El Tribunal ha precisado en la sentencia STC ex N°02309-2007-PA/TC que: "el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser: real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos: efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados: tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa: ineludible, entendiéndose que implicará irremediablemente una violación concreta. Sobre la certeza, el Tribunal Constitucional anotado que ello requiere "Que exista un reconocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones", de tal forma que la amenaza "está fundada en hechos reales y no imaginarios". Así "no puede tratarse de una mera suposición sino por el contrario, la afectación del derecho o bien jurídico tutelado debe ser objetivo y concreto.

Respecto a la inminencia este requisito hace alusión a que "el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto", y por ello que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios. Ello significa que se trata de actos que están muy próximos a realizarse, su comisión es casi segura y en un tiempo breve. Algo adicional a la inminencia de la amenaza: esta implica tanto la proximidad en el tiempo de la agresión potencial, como su carácter inexorable, de ineludible realización. En igual sentido indica Luis Castillo con acierto: "Dos elementos, por tanto, son necesarios distinguir y comprobar: uno, la previsión real y objetiva de que se pasara de un estado de peligro a otro de impedimento efectivo del ejercicio o realización de algunas de las facultades que el derecho fundamental reconoce a su titular; y La previsión real y objetiva de que ese paso o cambio acontecerá en breve plazo, el otro". Se trata en suma de un acto futuro inminente, próximo a realizarse, de manera casi segura y en breve tiempo, en otras palabras que no quepa duda de su ejecución en un plazo inmediato y previsible.

Al respecto, los casos de mera lesión requieren que se acredite la intervención ilegítima en el ámbito protegido de los derechos fundamentales. Si bien no es nada fácil determinar cuál es el contenido protegido de un derecho, o cuando la intervención ha sido irrazonable o desproporcionada, en el caso de amenaza a los derechos el asunto se torna más complicado todavía, pues además de lo mencionado debe analizarse si estamos ante un caso que tipifique como amenaza. En efecto, no cualquier consideración subjetiva, cualquier peligro eventual o irreal pueden protegerse mediante el amparo. Al

respecto el Código Procesal Constitucional señala que "cuando se invoque la amenaza de violación esta debe ser cierta y de inminente realización". Por su parte, el Tribunal ha precisado que el perjuicio "debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan de una captación objetiva".

En la STC ex. N° 1333-2006-PA/TC, el recurrente, invoca la violación y amenaza de violación, entre otros, de sus derechos constitucionales a la dignidad, a no ser discriminado y la buena reputación, al trabajo y a la igualdad ante la ley, interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de que se declaren inaplicables el acuerdo pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, en la parte que lo declara postulante no apto para el concurso nacional para cubrir vacantes de vocales y fiscales supremos materia de la convocatoria N° 002-2003 debido a su condición de magistrado no ratificado; así como la resolución N° 034-2004-CNM, del 23 de enero del 2004, que declaró infundado del recurso de reconsideración que interpuso contra dicha decisión. Consecuentemente, solicita se le declare apto para el concurso público, materia de la convocatoria N° 001-2004- CNM. Por lo demás, el recurrente también manifiesta que, respecto de las futuras convocatorias que efectúe el Consejo Nacional de la Magistratura, existe una amenaza de violación de sus derechos constitucionales.

En este sentido ACOSTA MELÉNDEZ señala que el artículo 4 del Código Procesal Constitucional permite la interposición de la demanda de amparo contra resoluciones judiciales, bajo los siguientes alcances: "El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo". Con el propósito de aclarar los derechos objeto de este proceso, el Código refiere que será posible la interposición del amparo contra resoluciones judiciales cuando se vulnere la tutela procesal efectiva, derecho que de acuerdo a su artículo 4 comprende el libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley.

Surge la necesidad de ir dándole a exigencias como certeza e inminencia, contenidos objetivos que faciliten la labor del Intérprete Constitucional. Para ello es de especial ayuda acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para desde ahí concluir una



serie de criterios que permitan saber determinar cuándo se está realmente ante una agresión constitucional que es una amenaza, y no dejar de proteger situaciones que aunque no tiene el carácter de permanencia (en esencia una amenaza es temporal), si es posible que el no afrontarla oportunamente pueda conducir a situaciones constitucionalmente más indeseables como es el de violación efectiva.

Concluimos, que a partir del análisis de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, aborda de manera directa e indirecta, el tema de la amenaza de los derechos fundamentales, siendo fundamental que la amenaza de un derecho constitucional suponga la violación de los derechos constitucionales, teniendo como finalidad asegurar la primacía de la Constitución. Siendo necesaria su regulación normativa en nuestro ordenamiento jurídico.

#### 4.1.2 Fundamentación de la formulación del problema

La pregunta formulada fue ¿La regulación del Código Procesal Constitucional con relación a la amenaza como modalidad de afectación de un derecho constitucional es suficiente o es necesaria la implementación de contenido normativo para fijar los parámetros de aplicación en el caso que se produzca la amenaza de los derechos constitucionales?, se fundamenta que si bien el Código Procesal Constitucional ha establecido que proceden los procesos constitucionales frente a la amenaza de los derechos fundamentales, esta debe ser cierta e inminente; de esta manera debemos determinar los mecanismos de cómo los procesos constitucionales puedan evitar la agresión de un derecho constitucional. La defensa y aseguramiento que del derecho fundamental se intenta lograr a través de un proceso constitucional de la libertad, es consiguiendo que desaparezca la situación de agresión del contenido constitucionalmente protegido regresando las cosas al estado anterior de ocurrida la agresión. En este sentido se trata de un verdadero proceso constitucional, lo que conlleva determinar que es cierto carece de regulación normativa, su finalidad, realmente si se refiere a una auténtica afectación a los derechos en tal medida debemos regularla bajo las reglas de la afectación efectiva, adoptando los criterios de la Corte Internacional de Colombia, tanto el elemento objetivo y subjetivo, así como los presupuestos establecidos en la sentencias del Tribunal Constitucional.

En este sentido, si la amenaza es una modalidad de agresión de los derechos fundamentales, que lo es, debe ser tratada como tal para todos los efectos, así como regla general ya explicada antes, estará sometida a un plazo de prescripción, y tendrá que estar sometida a la obligación de agotar la vía previa cuando ella sea exigible. A

efectos de ser considerada como una agresión a un derecho fundamental. nada diferencia una amenaza de una violación efectiva. Las diferencias van en otro sentido, pero no en la significación de una y otra como verdaderas agresiones al contenido constitucional de un derecho fundamental.

En esta perspectiva la certeza predicada de la amenaza debe significar que las circunstancias fácticas y jurídicas se puede concluir objetivamente que el impedimento de realización de alguna o todas las facultades que el derecho fundamental otorga a su titular, se dará verdadera, segura o indubitablemente. No basta la mera sospecha o la simple conjetura o la sola posibilidad de que la afectación del ejercicio del derecho fundamental se manifestará, sino que se requiere de la seguridad que ello ocurrirá. Por lo que en la STC exp. N° 0477-2002-AA/TC, del 6 de noviembre de 2002 señala el Tribunal Constitucional, que la amenaza de violación de un derecho constitucional se acredita cuando esta es cierta, es decir, cuando el ejercicio es real, efectivo, concreto e ineludible. Se excluyen pues del amparo, hábeas corpus y hábeas data los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. Que sea real significa que tiene que estar basado en hechos verdaderos; que sea efectivo implica que inequívocadamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; que sea tangible que debe percibirse de manera precisa, y que sea ineludible significa que implicará irremediamente una violación concreta.

Lo señalado en líneas anteriores, ha sido deducido de las sentencias del Tribunal Constitucional que han establecido los presupuestos de la amenaza. Como bien señala CASTILLO CÓRDOVA, que esta finalidad se intentará conseguir al menos dentro de los dos siguientes ámbitos: uno previo y otro posterior. El ámbito previo viene conformado por todas aquellas situaciones que de alguna manera supongan una amenaza al ejercicio regular de los derechos fundamentales. Se trata de situaciones que sin impedir el ejercicio del derecho, se configuran como potencialmente interruptoras del mismo. En palabras del Tribunal Constitucional.” La agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de un derecho constitucional”. La virtualidad de la garantía ante estas situaciones es no solo evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, sino en hacer desaparecer la amenaza misma por construir esta, en cuanto tal, un impedimento al pleno ejercicio de los derechos constitucionales amenazados.

En este sentido acierta el Tribunal Constitucional cuando manifiesta que en los casos de amenaza de un derecho constitucional “La finalidad de los procesos constitucionales es

evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, y, además, hacerla desaparecer. El ámbito posterior por el contrario, se constituye a partir de situaciones que han configurado lesiones efectivas al contenido constitucional de los derechos fundamentales al haber efectivamente impedido el ejercicio razonable del mismo. En estos casos la virtualidad del proceso constitucional irá dirigida a hacer cesar la violación del derecho. Se trata no de peligros latentes sino de agresiones efectivas que impiden manifiestamente el ejercicio regular de alguna de las facultades de acción que el contenido constitucional del derecho atribuye a su titular. La virtualidad de la garantía en este ámbito es hacer desaparecer el impedimento que dificultaba u obstaculizaba el pleno (y razonable) ejercicio de la facultad atribuida por el derecho fundamental.

Como bien expresa el maestro Peruano CASTILLO CÓRDOVA, en uno y otro ámbito se trata de hacer cesar toda agresión del derecho, y consecuentemente y simultáneamente volver las cosas al estado anterior de ocurrida la misma, de modo que el contenido constitucional del derecho siempre se encuentre en posibilidades reales de ser ejercitado razonablemente. Por lo demás, en referencia expresa al amparo, es una garantía constitucional, y por consiguiente, es un mecanismo procesal conducente a reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, importando ello dos hechos simultáneos: suspender aquella violación o amenaza de violación, y, restituir el derecho cuando efectivamente ha sido vulnerado o amenazado.

SALOMÉ RESURRECCIÓN, quien indica que la amenaza debe ser real y no hipotética, y que debe ser de tal naturaleza que se desprenda inequívocamente el hecho de que de mantenerse la situación de amenaza se convertirá en violación efectiva en un tiempo bastante breve. Asimismo ya el Tribunal Constitucional en la STC ex. N° 00804-1998-AA/TC, de fecha de 3 marzo de 1999, dejó sentado que la agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de este tipo de derechos. En este sentido la finalidad de los procesos constitucionales es evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, y, además hacerla desaparecer. Sin embargo también aclara que no todas las amenazas resultan justiciables en los procesos constitucionales, sino tan solo aquellas que, en forma actual, inminente y concreta lesionan alteran o amenazan con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos constitucionales.

Por lo que es necesaria la regulación de la amenaza como medio de regulación, siempre que concurren los presupuestos indispensables como son la certeza y la inminencia, en

el sentido que el Tribunal Constitucional a través de la STC exp. N° 1206-2005-PA/TC, como lo confirma la demanda cuyo objeto es que se ordenen a los emplazados que dejen de clarificar a la cuenca del manzán como bosque de producción permanente, y que, en consecuencia, se suspendan los concursos públicos de concesiones forestales por Inrena, por considerar que tal situación se configura como una amenaza cierta e inminente de un derecho constitucional a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado.

#### 4.2 Teorización de unidades temáticas

En la presente investigación encontramos las siguientes categorías a estudiar:

Para Torres Vásquez, el estado constitucional de derecho es la forma de estado de derecho, a caso su más cabal realización, que surge con el paso de la supremacía de la ley a la supremacía de la Constitución.

A diferencia de Ortecho Villena el estado democrático se basa en el respeto de la constitución y las leyes. Propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y la justicia.

En conclusión, se puede afirmar que el estado constitucional de derecho es la forma de Estado de derecho que surge con el paso de la supremacía de la ley a la supremacía de la Constitución, propugnando como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y la justicia. Encargado de tutelar las relaciones de las personas dentro de la sociedad a través de su relación individuo-estado, caracterizado por la defensa de la persona humana, el respeto de su dignidad como valores superiores del ordenamiento jurídico de un estado.

El derecho constitucional para Rodríguez Chavez, es la rama del derecho público interno conformado por la Constitución y las leyes constitucionales que la modifican. En esta misma línea se pronuncia Blancas Bustamante, el derecho constitucional es una rama teórica de lo jurídico que sistematiza la creación, teóricas y acciones que a lo largo de varios siglos ha ido aportando la humanidad para el ejercicio del poder y del gobierno dentro de la sociedad.

Por lo que el derecho constitucional es el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos. En conclusión a lo antes mencionado, el derecho constitucional es aquella disciplina jurídica autónoma adscrita al derecho público, conformada por el estudio de la Constitución como norma fundamental de un estado y las leyes constitucionales que la

modifican, que sistematiza las reglas del derecho relativas a los órganos esenciales del estado; partiendo del estudio de las instituciones políticas y destinado a ocuparse de la organización gubernamental, jurídica y política de un estado.

Bustamante Alarcón, define a los derechos fundamentales como la base de todo el ordenamiento jurídico político, aquellos que los inspiran, lo determinan y lo fundamentan. Es más un sector de la doctrina y Jurisprudencia comparada considera que los derechos fundamentales no son otra cosa que los derechos humanos positivados en los ordenamientos jurídicos estatales.

Para Blancas Bustamante, los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre libre, y, por cierto derecho que tiene frente al estado.

Por lo que de manera general, los derechos fundamentales constituyen la base de todo el ordenamiento jurídico político, de aquellos que la inspiran, la determinan y la fundamentan, es decir son derechos humanos positivados en un ordenamiento jurídico estatal, principalmente en su norma fundamental como es la Constitución; siendo fundamentalmente derechos del hombre libre, teniendo como fuente la dignidad y en cuanto buscan el libre desarrollo de la persona. Exigiendo al Estado a través de sus órganos de control cautelar la protección de sus derechos a través de su doble valor por un lado representa valores supremos y por otro permiten al hombre encontrarse y actualizarse, garantizando el status de la libertad.

El Recurso de agravio constitucional procede contra la resolución de segundo grado, emitida por la Sala Superior o Suprema del Poder Judicial, según sea el caso que declara infundada o improcedente la demanda. Para Mesía Ramírez, el recurso de agravio constitucional es el más clásico de los recursos es aquel por el cual, tras la sentencia de primera instancia, las partes tienen la posibilidad de apelar la resolución emitida.

Así para la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el recurso de agravio constitucional es el instrumento de protección superlativa de los derechos fundamentales. En primer lugar la determinación de la tutela objetiva de los derechos fundamentales, y establecer los efectos de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales

En conclusión, el recurso de agravio constitucional es el instrumento de protección superlativo de los derechos fundamentales, que procede contra la resolución de segundo grado emitida por la Sala Superior, complementándose con el artículo 20 del Código Procesal Constitucional, encargado de tutelar la dimensión objetiva de los derechos

fundamentales, así como la tutela subjetiva de los derechos fundamentales, compatibilizando correctamente las atribuciones constitucionales y su efectivo resguardo de los derechos de la población.

Los procesos constitucionales para Blume Fortini, se ocupan sustancialmente de tutelar la supremacía constitucional y los derechos públicos subjetivos, es decir es aquel referido inmediatamente a la Constitución. Precisamente el Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo II del Título Preliminar, que los procesos constitucionales tienen por finalidad por un lado garantizar el principio jurídico de la supremacía de la Constitución y, por otro preservar la observancia d la vigencia de los derechos fundamentales de la persona.

Para el Tribunal Constitucional apuntan a una formula en la que los procesos constitucionales se erigen en medios de resguardar adecuadamente los derechos fundamentales, con lo cual se determina una finalidad concreta que se extiende a los procesos de la libertad y orgánicos.

Finalmente se puede determinar que los procesos constitucionales, son medios que resguardan adecuadamente los derechos fundamentales, teniendo como finalidad por un lado garantizar el principio jurídico de supremacía de la constitución y preservar la observancia de la vigencia de los derechos fundamentales de la persona, presupuesto que dirige la actividad del juzgador constitucional para evaluar los presupuestos que arriban a su despacho protegiendo los derechos y principios establecidos en la Constitución Política del Estado.

El proceso constitucional de amparo es una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales destinadas a la libertad física, que tiene un ámbito diferente del de los procesos ordinarios. Tal como afirma Humberto Henríquez, el amparo es una institución que tiene como finalidad proteger los derechos constitucionales, con excepción de aquellos que protege el Hábeas corpus y el hábeas data.

Para el procesalista García Carrasco, está destinado a cautelar los derechos constitucionales no relacionados con la libertad individual o la intimidad personal. Así lo encontramos establecido en el artículo 200 inciso 2 de la Constitución, señala que el proceso de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario, o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución que no sean la libertad individual o sus derechos.

La justicia ordinaria es competente para conocer en primera instancia y segunda instancia los procesos de amparo y el Tribunal Constitucional para, vía recurso extraordinario, revisar estas decisiones judiciales, en materia de derechos fundamentales tutelados.

En conclusión, el proceso de amparo es el proceso constitucional que se encarga de cautelar los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, destinada a garantizar a los derechos constitucionales de una persona, cuando estos se encuentran vulnerados por la afectación a sus derechos. Por último es competente de conocer este proceso la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional para la solución de conflictos de los derechos.

El proceso de hábeas corpus es un proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger la libertad de la persona y los derechos constitucionales conexos con ella, ante violaciones o amenazas de violación provenientes de una autoridad o de un particular.

Para Humberto Henríquez, es un mecanismo procesal destinado a garantizar el derecho a la libertad individual y ambulatoria frente a la amenaza o vulneración de parte de autoridades y funcionarios del poder público, así como de los particulares. Así lo encontramos establecido en la Constitución de 1993 que señala que el proceso de hábeas corpus se emplea para protección de la libertad individual o de los derechos constitucionales conexos. Su objeto es restablecer el derecho a la libertad personal al estado anterior a la amenaza o vulneración.

El Tribunal Constitucional ha establecido, que el proceso de hábeas corpus, es el proceso encargado de la protección del derecho a la libertad personal y sus derechos conexos. Procede ante el hecho u omisión, e cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los derechos antes mencionados.

En conclusión el proceso constitucional de hábeas corpus, es un proceso judicial de carácter constitucional destinado a garantizar el derecho a la libertad individual y ambulatoria, frente a la amenaza o vulneración de parte de autoridades y funcionarios del poder público. Su importancia radica en que se encuentra relacionado con el bien jurídico que protege, se encuentra establecido en el artículo 200 inciso 1 de la Constitución, teniendo como objetivo restablecer el derecho a la libertad personal al estado anterior de la amenaza o vulneración del derecho.

## V. DISCUSIÓN

Hoy en día, son cada vez más las personas que recurren a los procesos constitucionales de Amparo y Hábeas Corpus, para proteger y reparar los agravios a ciertos derechos e intereses subjetivos derivados del incumplimiento por parte de autoridades o funcionarios públicos, es así que la legislación los reconoce como verdaderos procesos que tiene su propio objeto de protección, por cuanto protegen de manera directa e indirectamente los derechos fundamentales de la persona como el derecho a la libertad, lo puede presentar el mismo afectado o cualquier otra persona en su nombre, si el juez comprueba que efectivamente aquellas violaciones a los derechos fundamentales se han producido, ordena la inmediata libertad de la persona o, si fuera el caso, ordena que se suspenda la violación o amenaza de un derecho conexo a la libertad. Por lo tanto en nuestro ordenamiento son muchos los casos de indefensión del afectado por parte de los jueces que no interpretan de manera coherente los criterios de acuerdos a los fines y principios de los procesos constitucionales, perjudicando sus derechos, sin que se tomen las medidas pertinentes para consagrar de modo directo su protección constitucional, es así que es necesaria; su regulación normativa para la protección del afectado frente a una agresión manifiesta de un derecho constitucional.

Nuestra legislación Peruana, no prevé los diversos problemas que se suscitan ante el reconocimiento constitucional de este tipo de procesos y es aquí donde es necesario una idónea cautela de los operadores de justicia; tal como se ha fundamentado en los pronunciamientos de las sentencias del Tribunal Constitucional, caso contrario cada una de las personas que acudirá a este tipo de procesos, como mecanismos de protección por el cual se le pide a la autoridad judicial ordenar a un órgano estatal que se cumpla con las leyes o los actos administrativos que se expiden, y el reconocimiento de los derechos que en ellos se vinculan, perderían su naturaleza y se desprotegerían.

Tal como lo ha establecido CASTILLO CÓRDOVA, que el Código Procesal Constitucional ha establecido que si bien proceden los procesos constitucionales frente a la amenaza de derechos fundamentales, esta debe ser cierta e inminente; de manera que la protección que estos brindan no solo evite la concretización de la afectación, sino que también desaparezca la amenaza. La amenaza al ser una verdadera agresión a los derechos fundamentales, debe estar regulada bajo las reglas de la afectación efectiva, por lo que se debe aplicar los requisitos procesales del plazo de prescripción y del agotamiento de las vías previas. Por lo tanto al presentar todos los supuestos de la amenaza debemos regularla bajo las reglas de la afectación efectiva. Es por ello de especial ayuda acudir a



la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para desde ahí concluir una serie de criterios que permitan saber determinar cuándo se está realmente ante una agresión constitucional que es una amenaza, y no dejar de proteger situaciones que aunque no tiene el carácter de permanencia, sí es posible que el no afrontarla oportunamente pueda conducir a situaciones constitucionalmente más indeseables como es el de violación efectiva.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha previsto, que la acción de amparo es una garantía constitucional, y por consiguiente, es un mecanismo procesal conducente a reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, importando ello dos hechos simultáneos: suspender aquella violación o amenaza de violación, y, restituir el derecho cuando efectivamente ha sido vulnerado o amenazado. Pero no cualquier acción u omisión que signifiquen una amenaza o una violación efectiva de un derecho fundamental sirve para la procedencia de un proceso constitucional, sino que las referidas acción u omisión deben ser claras y manifiestas, más aún por tratarse de procedimientos sumarios no existe prevista etapa de actuación de pruebas. Esta acción u omisión susceptible de ser cuestionada por la vía de la acción de amparo es aquella que en forma actual, inminente y concreta, lesiona, altera o amenaza con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos constitucionales. Vale decir la lesión debe ser actual, el perjuicio debe ser real, concreto e ineludible. Se excluyen, pues, de la acción de amparo los perjuicios que se presumen o aquellos que escapan a una captación objetiva. El daño que se pretende reparar será por tanto cierto, y que es finalidad de las acciones de garantía determinar que para su procedencia deba constatarse una afectación clara y manifiesta de un derecho constitucional.

Es decir, que deben configurarse como presupuestos indispensables que la amenaza debe ser real y no hipotética, y que debe ser de tal naturaleza que se desprenda inequívocamente el hecho de que de mantenerse la situación de amenaza se convertirá en violación efectiva en un tiempo bastante breve. Asimismo ya el Tribunal Constitucional en la STC ex. N° 00804-1998-AA/TC, de fecha de 3 marzo de 1999, dejó sentado que la agresión por amenaza de un derecho constitucional se produce cuando se pone en peligro la vigencia o el ejercicio de este tipo de derechos. En este sentido la finalidad de los procesos constitucionales es evitar que la situación de amenaza llegue a convertirse en una violación efectiva, y, además hacerla desaparecer. Sin embargo también aclara que no todas las amenazas resultan justiciables en los procesos constitucionales, sino tan solo aquellas que en forma actual, inminente y concreta lesionan alteran o amenazan con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos constitucionales.

La inminencia este requisito hace alusión a que "el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto", y por ello que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios. Ello significa que se trata de actos que están muy próximos a realizarse, su comisión es casi segura y en un tiempo breve. Algo adicional a la inminencia de la amenaza: esta implica tanto la proximidad en el tiempo de la agresión potencial, como su carácter inexorable, de ineludible realización. En igual sentido indica Luis Castillo con acierto: "Dos elementos, por tanto, son necesarios distinguir y comprobar: uno, la previsión real y objetiva de que se pasara de un estado de peligro a otro de impedimento efectivo del ejercicio o realización de algunas de las facultades que el derecho fundamental reconoce a su titular; y la previsión real y objetiva de que ese paso o cambio acontecerá en breve plazo, el otro". Se trata en suma de un acto futuro inminente, próximo a realizarse, de manera casi segura y en breve tiempo, en otras palabras que no quepa duda de su ejecución en un plazo inmediato y previsible.

Sin embargo, para que la amenaza sea tal, no basta con que reúna tales condiciones de certeza e inminencia, sino que además, el perjuicio o la afectación invocados deben ser imputables a acciones u omisiones que sean manifiestamente ilegales o arbitrarias, y no a las que resulten del ejercicio regular de sus derechos por parte de los particulares, o del ejercicio de potestades o competencias atribuidas a las autoridades, funcionarios y entidades del Estado, dentro del marco establecido por la ley y la Constitución. La posibilidad de incoar una acción contencioso-administrativa no constituye una amenaza, ni una acción ilegal ni arbitraria, sino un proceso en donde se debe respetar el derecho al debido proceso.

Establecidos estos presupuestos de la amenaza debemos señalar lo previsto por ACHULLI ESPINOZA, no debemos confundir "cese" con "irreparabilidad" del daño, pues mientras el primero tiene como fundamento para declarar la improcedencia el cumplimiento de la finalidad de los procesos constitucionales, esto es la reposición de las cosas al estado anterior de la amenaza o violación del derecho; el segundo la desestimación de la demanda por irreparabilidad, se justifica en la imposibilidad de cumplir con la finalidad procesos constitucionales. En consecuencia se entenderá "por cese del acto lesivo aquella situación por medio de la cual la acción u omisión que origina una amenaza o violación de un derecho fundamental deja de producirse por parte de quien la estaba llevando a cabo. De otro lado, se entiende por irreparabilidad aquella situación fáctica en la cual no se puede reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de un derecho fundamental.

Si bien nuestro legislador ha entendido que debe regularse de distinta forma la irreparabilidad y el cese de la amenaza o el acto agresor contra un derecho fundamental, ello dependiendo de que el cese y la irreparabilidad acaecieron antes o después de interpuesta la demanda, no debe olvidarse que con tal normativa se está buscando, en última ratio, la consecución de la finalidad de los procesos constitucionales: la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y la supremacía de la Constitución. Creemos que si bien los procesos constitucionales de libertad tienen doble dimensión: subjetiva y objetiva; prevaleciendo en el caso en concreto la dimensión subjetiva tutela del derecho; lo que se busca con el pronunciamiento de fondo que realiza el juez constitucional luego de acaecido la cesación o irreparabilidad ex post de interpuesta la demanda, tiene como finalidad garantizar la supremacía de la Constitución, es decir resaltar el sistema de valores que encierra nuestra Carta Fundamental así como reintegrar nuestro ordenamiento jurídico.

En el derecho comparado especialmente en el derecho Colombiano lo encontramos regulado como la acción constitucional de tutela que procede, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten o amenazados o vulnerados sus derechos, así se encuentra establecido en el artículo 86 de la Constitución de Colombia. Partimos del análisis de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia ha abordado de manera directa e indirecta, el tema de la amenaza de los derechos fundamentales. En la Sentencia T-383 de 2001 la Corte recogió los criterios que corresponden a los lineamientos centrales de la jurisprudencia de esta corporación de la materia: a) elemento subjetivo consistente en la convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro, para el goce y disfrute del derecho. b) elemento objetivo, consistente en la presencia de condiciones fácticas que razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro para el goce y disfrute de un derecho. La existencia de un riesgo o peligro para el goce o disfrute de un derecho fundamental está sujeto, como se indicó, a la evaluación de un patrón fáctico que conducirá al incumplimiento de las obligaciones de respeto y protección de los derechos constitucionales y humanos que tiene el Estado y, de esta manera conlleve la imposibilidad de disfrutar del derecho plenamente. Por otra parte, generalmente la adopción de medidas de carácter normativo, que afecten el goce de un derecho, no supone su amenaza sino una violación. La obligación de respetar los derechos constitucionales, pueden en consecuencia quebrantarse por situaciones de hecho o por expedición de normas. El control abstracto de la constitucionalidad, sea ante la Corte Constitucional o ante el Consejo de Estado, tiene por objeto establecer, si al dictarse una

norma se ha cumplido la obligación de respeto o lo que es lo mismo se ha asegurado la primacía de la Constitución o los derechos constitucionales. Así, cuando se ha dictado una norma incompatible con un derecho, no se amenazado el derecho sino que se ha violado. En el derecho Colombiano lo encontramos regulado como la acción constitucional de tutela que procede para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

Por último debemos consignar la opinión del Jurista JUAREZ JURADO quien ha consignado, es en atención a dichos fines y principios propios de la jurisprudencia constitucional de la libertad, que se arriba a la conclusión de que no corresponde identificar el plazo de interposición de la demanda de amparo con las figuras de la prescripción y la caducidad civiles. Resulta inútil e innecesario en tales extremos recurrir al derecho común para explicar y determinar la naturaleza, contenido, alcance y características del referido plazo extintivo. Por más que el artículo 44 del Código Procesal Constitucional (y a su turno, el otro ya vigente artículo 37 de la ley 23506), así como el nuevo proyecto de Reforma del Código, hagan mención a las expresiones prescribe o caduca y por tal motivo, se conecte lógicamente con las figuras del Código Civil, ello sin embargo, no puede válidamente llevar a identificarlo con dichas figuras y, menos aun, atribuirle la naturaleza, alcance, contenido y características de las mismas, pues dicha pretensión resulta incompatible con los fines, principios y valores de la justicia y proceso constitucionales.

Es por estas mismas razones, que se recomienda al legislador procesal constitucional se abstenga de utilizar (en las fórmulas normativas reguladoras de dicho plazo) las locuciones de prescripción y caducidad y sus derivaciones ("prescribe" o "caduca"), sino otros del mismo significado gramatical, tales como extingue, fenece, expira, finaliza o concluye; debiendo en este sentido más bien ser modificado el tantas veces mentado artículo 44 del Código Procesal Constitucional, en los extremos precisados, ello a fin de no generara confusión en los operadores jurisdiccionales respecto de la naturaleza, contenido, alcance y características del citado plazo extintivo. O en su defecto, en caso de mantenerse dichas locuciones, deben ser los mismos ser interpretados en su estricto significado gramatical y no ser erróneamente asimilados a las figuras de la prescripción y la caducidad del derecho civil.

Por estas razones es que hemos asumido la postura, que a través de los pronunciamientos de las sentencias del Tribunal Constitucional y acudiendo a la Corte Internacional de Colombia adoptando los criterios, tanto el elemento objetivo y subjetivo

debemos determinar la regulación de la amenaza dentro de nuestra legislación, para que sea fuente de motivación, a fin de que pueda tener un poco mas de minuciosidad y esmero al momento de suplir vacíos legales que puedan existir, tanto es así que la investigación tiene la doble naturaleza de los procesos constitucionales, esto es, en primer lugar a la naturaleza objetiva, en tanto que es un mecanismo de protección de principios y valores que informan todo el ordenamiento jurídico y una naturaleza subjetiva, en tanto es un medio de tutela para la afectación.

## VI. CONCLUSIONES

1. Ante la falacia doctrinaria o conceptual, ha sido de gran ayuda la jurisprudencia emitida por la Corte Internacional de Colombia, especialmente los dos criterios abordados tanto el elemento objetivo y subjetivo, el cual ha sido analizado exhaustivamente con el fin de determinar que si es posible la regulación constitucional de la amenaza para la protección de los derechos fundamentales, pero debe estar regulada bajo las reglas de la afectación efectiva.
2. Las agresiones de derechos fundamentales manifestadas como amenazas como regla general están sometidas a plazo de prescripción, salvo se trate de amenazas de ejecución continuada, en cuyo caso no empezaría a computarse el plazo referido.
3. Al Proceso Constitucional de Amparo le es aplicable el agotamiento de las vías previas, a efectos de que la agresión de un derecho constitucional debe traer consigo la interposición de la demanda, salvo que se presente una excepción al agotamiento de las vías previas.
4. De acuerdo a la doctrina encontrada y a la jurisprudencia Internacional establecemos, que efectivamente estamos ante una amenaza constitucional, al ser una verdadera agresión a los derechos fundamentales, es necesaria su regulación constitucional de la amenaza para la protección del afectado dentro de un proceso constitucional.

## VII. RECOMENDACIONES

1. A los Jueces Constitucionales al momento de interpretar los criterios y principios de la justicia constitucional, tener como parámetro la protección de la persona, estableciéndose los elementos objetivo y subjetivo encontrados en la jurisprudencia Internacional, con la finalidad de una mejor regulación normativa de la amenaza.
2. Es conveniente recurrir a la Corte Internacional de Colombia para establecer que la amenaza como afectación a los derechos fundamentales en la legislación peruana deber estar regulada bajo las reglas de la afectación efectiva en este sentido debe ser acorde a los fines y principios del derecho.
3. El Proceso Constitucional de Amparo, debe admitirse y reconocerse constitucionalmente, siempre que se cautele la defensa de los derechos fundamentales de la persona y la normas legales, los cuales efectivamente so de protección inmediata.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALFARO PINILLOS, R. (2007). *Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*. Arequipa: Adrus.
2. ACHULLI ESPINOZA, M (2009). *La Cesación e Irreparabilidad de la amenaza o lesión de un derecho constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
3. ACOSTA MELÉNDEZ, J. (2010). *La prescripción en los procesos constitucionales*. Actualidad Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica.
4. BLANCAS BUSTAMANTE, C. (1999). *Derecho Constitucional General*. Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
5. BLANCAS BUSTAMANTE, C. (1987). *Derecho Constitucional General*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
6. BUSTAMANTE ALRCON, R. (2004). *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara Editores.
7. BARRANCO, M (2009). *Teoría del Derecho y Derechos Fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
8. BASTOS PINTOS, M. (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
9. BLUME FORTINI, E. (2009). *El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú*. Lima: Adrus.
10. CASTAÑEDA OTSU, S. I. (2003). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores.
11. CASTAÑEDA OTSU, S. I. (2004). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores.
12. CASTILLO CORDOVA, L. (2008). *La amenaza como modalidad de agresión de los derechos fundamentales*, Actualidad jurídica. Lima: Gaceta Jurídica.
13. CASTILLO CORDOVA, L. (2009). *Estudios y Jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
14. CARRUITERO LECCA, F. (2008). *Derecho Constitucional y Derechos Humanos*. Trujillo: Ediciones BLG.
15. DALLA VIA, A. (1999). *Hábeas Data y otras Garantías Constitucionales*. Buenos Aires: Némesis.
16. DE ASIS ROIG, R. (2005). *Escritos sobre Derechos Humanos*. Lima: Ara
17. DONAYRE MONTESINOS, C. (2010). *La Prueba en el Proceso Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.



18. CHANAMÉ ORBE, R. (1994). *Derecho Constitucional General y la Teoría del Estado*. Lima: Ediciones Jurídicas
19. ELOY ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, (2005). *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores.
20. GARCÍA CARRASCO, L. A. (2006). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Juris Ediciones.
21. GARCÍA BELAUNDE, D. (2010). *Como estudiar Derecho Constitucional*. Lima: Grijley.
22. GARCÍA TOMA, V. (2008). *Constitución y Código Procesal Constitucional*. Lima: Normas Legales.
23. GUTIERREZ CANALES, M. R. (2008). *El Proceso Constitucional de Hábeas Corpus*. Lima: Studio Editores.
24. HAKANSSON NIETO, C. (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra.
25. HUMBERTO HENRIQUEZ, F. (2001). *Derecho Constitucional*. Trujillo: Editora Fecat.
26. INSTITUTO DE CAPACITACIÓN Y DESARROLLO (2012). *Estudio del Derecho Contemporáneo*. Trujillo: Icade.
27. JUAREZ JURADO, E. (2013). *Naturaleza jurídica del plazo de interposición de la demanda de amparo: ¿prescripción o caducidad? Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica.
28. LANDA ARROYO, C. (2010). *Los Procesos Constitucionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
29. LANDA ARROYO, C. (2003). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra Editores.
30. MOLINA BENTANCUR, C. M. (2006). *Derecho Constitucional General*. Medellín. Colombia: Universidad de Medellín.
31. MEJÍA RAMIREZ, C. (2009). *Dialogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
32. NOGUEIRA ALCALA, H. (2009). *La Interpretación Constitucional de los Derechos Humanos*. Lima: Ediciones Legales.
33. ORTECHO VILLENA, V. J. (2004). *Procesos Constitucionales y su Jurisdicción*. Lima: Rodhas.
34. ORTECHO VILLENA, V. J. (2010). *Los Derechos Humanos y su Protección*. Trujillo: Ediciones BLGIRLTDA.

35. ORTECHO VILLENA, V. J. (2003). *Estado y Ejercicio Constitucional*. Lima: Marsol.
36. PETER HABERLE. (2003). *El Estado Constitucional*. Lima: Editorial Fondo Editorial.
37. PRADA CORDOVA, J. M. (2005). *Los Procesos Constitucionales en el Nuevo Código Procesal Constitucional*. Lima: Librería Portocarrero S.R.L.
38. PECES BARBA, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.
39. PÉREZ LUÑO, A. E. (1991). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos.
40. RIOJA BERMÚDEZ, A. (2006). *Jurisprudencia Constitucional*. Lima: Jurista Editores.
41. RODRIGUEZ CHAVEZ, I. (2006). *Introducción al Derecho*. Lima: Universitaria.
42. RUBIO CORREA, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
43. RUSSO, E. A. (1999). *Derechos Humanos*. Buenos aires: Eudeba.
44. RUBIO CORREA, M. y otros (2010). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
45. SALINAS CRUZ, S. (2010). *Recurso de Agravio Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
46. SALCEDO CUADROS, C. M. (2008). *La ejecución de la sentencia de tutela de derechos como derecho fundamental*. Actualidad Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica.
47. SANTA MARÍA MECQ, L. (2005). *Código Procesal Constitucional Comentado*. Trujillo: Normas Jurídicas.
48. SAENZ DÁVALOS, L. (2009). *Derechos Constitucionales no Escritos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
49. SALOMÉ RESURRECCIÓN, L. (2009). *Que ocurre cuando la amenaza o vulneración de un derecho constitucional ha cesado o se ha convertido en irreparable*. Actualidad jurídica, Lima: Gaceta Jurídica.
50. TORRES VÁSQUEZ, A. (2001). *Introducción al Derecho*. Lima: Idemsa.
51. TUPAYACHI SOTOMAYOR, J. (2009). *Código Procesal Constitucional Comentado*. Arequipa: Adrus.
52. VALLE Riestra, J. (2005). *Código Procesal Constitucional*. Lima: Ediciones Jurídicas.
53. VICENTE VILLARÁN, M. (1998). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Lima: Fondo Editorial

# ANEXOS

## Anexo 1

<b>FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL</b>	
<b>I. DATOS INFORMATIVOS</b>	
1. Tipo de documento: STC N° 0052-2004-AA/TC	
2. Partes procesales:	
a. Juez (instancia ): TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
b. Demandado: Richard Astoquilca Mayhuire.	
c. Demandante: Martha Elena Cueva Morales	
<b>II. FUNDAMENTOS DE HECHO</b>	
a. La demandante denuncia la negativa del emplazado de permitir la matricula del beneficiado.	En este caso la demandante denuncia al emplazado puesto que acredita una lesión al derecho de la educación.
b. El emplazado niega tal hecho señalando que ella no ha cumplido con apersonarse al centro educativo a fin de matricular a su menos hijo.	En este sentido el emplazado alega que la demandante no ha acreditado fehacientemente la lesión alegada.
<b>III. FUNDAMENTOS DE DERECHO</b>	
a. La legislación que regula el proceso de amparo por cierto, no tiene una clausula especifica que estipule a quien corresponde la carga de la prueba.	Una de las reglas que regula la materia procesal es quien alega un hecho debe probarlo, salvo disposición contraria a la ley.
b. El tribunal considera que tal exigencia, en el presente caso es irracional, puesto que habría que esperar su cumplimiento, lo cual postergaría su derecho a la educación.	En este caso la excepción deducida en el artículo 27 de la ley 23506 debe ser desestimada.
<b>IV. CONCLUSIONES</b>	

<p>a. Como ha sostenido la recurrido, que la demandante no acreditado su alegato. Precisamente la demandante ha acreditado de que el emplazado ha alegado, el impedimento que se matricule su hijo.</p>	<p>Por lo la demandante acredita la amenaza de violación del derecho a la educación reconocido por el estado.</p>
<p>b. Una de las reglas que regulan la materia procesal, es quien alega un hecho debe probarlo, salvo disposición contraria a la ley.</p>	<p>Que se acredita la existencia de una amenaza cierta y de inminente realización por cuanto se vulnera el derecho a la educación.</p>
<p>c. El Tribunal ha sostenido que tal aplicación de las reglas del proceso civil ha de observarse siempre que sean compatibles con los fines del proceso de amparo.</p>	<p>Deben respetarse el proceso, sea compatible con lo fines y principios del proceso constitucional.</p>

<b>FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL</b>	
<b>I. DATOS INFORMATIVOS</b>	
<p>1 Tipo de documento: STC N° 02309-2007-PA/TC</p> <p>2 Partes procesales:</p> <p style="padding-left: 40px;">a Juez (instancia ): TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</p> <p style="padding-left: 40px;">b Demandado: Oficina de Normalización Provisional</p> <p style="padding-left: 40px;">c. Demandante: Magda Asunción Galíndez.</p>	
<b>II. FUNDAMENTOS DE HECHO</b>	
a. La demanda se sustenta en una presunta amenaza de derechos constitucionales.	La amenaza supone la probabilidad cierta e inminente de que la realización de determinadas acciones o su comisión significara irremediabilmente la afectación de un derecho constitucional.
b. La emplazada contesta la demanda alegando que esta se declare improcedente	La emplazada alega que se declare improcedente la demanda porque la finalidad que persigue esta es impedir que la administración haga uso de su derecho de accionar ante el órgano jurisdiccional.
<b>III. FUNDAMENTOS DE DERECHO</b>	
a. En consecuencia para que la amenaza sea considerada cierta debe estar fundada en hechos reales y no imaginarios.	En este sentido la amenaza debe ser cierta y de inminente realización.
b. Se requiere que el perjuicio o la afectación invocados deben ser imputables a acciones u omisiones que sean manifiestamente arbitrarias o ilegales	Es decir que el perjuicio que se ocasione por una acción debe ser ilegal o arbitrario para que exista una verdadera afectación a un derecho.
<b>IV. CONCLUSIONES</b>	
a. En consecuencia que la amenaza producida en el presente caso produce la afectación de los derechos fundamentales.	Es decir que el perjuicio debe ser real, efectivo y tangible, se excluyen pues del amparo los perjuicios imaginarios.
b. La amenaza supone la posibilidad cierta e inminente de que la realización de actos produce la afectación de un derecho.	La posibilidad de incoar una acción contencioso-administrativa no constituye una amenaza, sino un proceso en donde se debe respetar el derecho al debido proceso.

<b>FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL</b>	
<b>I. DATOS INFORMATIVOS</b>	
1. Tipo de documento: STC Nº 1333-2006-PA/TC 2. Partes procesales: a. Juez (instancia ): TRIBUNAL CONSTITUCIONAL b. Demandado: Consejo Nacional de la Magistratura c. Demandante: Jacobo Romero Quispe	
<b>II. FUNDAMENTOS DE HECHO</b>	
a. El recurrente invoca la violación o amenaza de violación entre otros de sus derechos constitucionales a la dignidad, a no ser discriminado, al honor y buena reputación.	El Consejo Nacional de la Magistratura lo declara postulante no apto para el concurso nacional para cubrir vacantes de vocales y fiscales afectando una serie de derechos invocados.
b. El Consejo Nacional de la Magistratura contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos	Manifiesta que la decisión de declarar al recurrente no apto se sustenta en el inciso 2 del artículo 154 de la Constitución y el artículo 30 de la Ley Orgánica
<b>III. FUNDAMENTOS DE DERECHO</b>	
a. El Tribunal Constitucional estima que la decisión que al declarar al recurrente como no apto para efectos de la convocatoria resulta contraria al inciso 2 del artículo 2 de la constitución.	Este sentido se estaría afectando o existiendo una amenaza de violación a un derecho constitucional como es el derecho a no ser discriminado.
b. El procurador público contesta la demanda solicitando que se declare infundada. Alega que en la demanda no concurren los presupuestos por los artículos 2 y 3 de la Ley Nº 23506	Es decir en este sentido basándonos en los artículos antes mencionados el acuerdo no lesiona ni mucho menos afecta derechos constitucionales.
<b>IV. CONCLUSIONES</b>	
a. La amenaza invocada se ha tornado irreparable por cuanto se está amenazando una serie de derechos constitucionales fundamentales reconocidos constitucionalmente.	Por el agotamiento de las vías previas en el proceso constitucional de amparo la agresión pudiera convertirse en irreparable, es una excepción al agotamiento de las vías previas.
b. El Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar, tienen la facultad para conocer cuando se estime una demanda de violación de derechos.	Por lo que se reconoce la amenaza y violación de una serie de derechos constitucionales fundamentales, al reconocerse tanto la certeza e inminencia.

<b>FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL</b>	
<b>I. DATOS INFORMATIVOS</b>	
1. Tipo de documento: STC N° 0477-2002-AA/TC 2. Partes procesales: a. Juez (instancia ): TRIBUNAL CONSTITUCIONAL b. Demandado: Oficina de Normalización Previsional c. Demandante: María Victoria Quiroz	
<b>II. FUNDAMENTOS DE HECHO</b>	
a. El presente proceso tiene por objeto que se ordene a la oficina de normalización previsional abstenerse de interponer demandas judiciales de nulidad de incorporación de la demandante al régimen de pensiones del decreto ley N° 20530, lo que constituye una amenaza a su derecho invocado.	Este proceso constitucional existe una amenaza a un derecho constitucional en este caso el derecho a recurrir a una pensión como lo señala ley en todos sus términos, de acuerdo con los fines que todo proceso existe una afectación a un derecho constitucional.
b. En el supuesto caso de que la ONP pretendiera solicitar la nulidad del acto de incorporación de pensiones contra la recurrente, ello no constituiría amenaza de violación del derecho constitucional.	En este supuesto no existiría una amenaza de violación de un derecho constitucional puesto que no existe una arbitraria o ilegal vulneración a un derecho tutelado.
<b>III. FUNDAMENTOS DE DERECHO</b>	
a. La amenaza de violación de un derecho constitucional se acredita cuando esta es cierta y de inminente realización.	Es decir cuando el perjuicio es real, efectivo tangible e ineludible, se excluyen pues del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva.
b. En consecuencia no se ha acreditado que exista amenaza o violación de su derecho constitucional invocado	Por lo tanto no hay amenaza o violación de un derecho constitucional.
<b>IV. CONCLUSIONES</b>	
a. La amenaza de violación de un derecho e acredita, cuando esta es cierta y de inminente realización	Es decir que el perjuicio sea real, efectivo, tangible e ineludible. Se excluyen pues del amparo, los perjuicios imaginarios

<p>b. En consecuencia no se acreditado que exista amenaza o violación de su derecho constitucional invocado.</p>	<p>Por lo tanto en la presente sentencia no se acreditado de la existencia de una violación al derecho constitucionalmente protegido.</p>
--	---

Anexo 5

<h2 style="text-align: center;">FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL</h2>	
<p><b>I. DATOS INFORMATIVOS</b></p> <p>1. Tipo de documento: STC N° 0733-1998-AA/TC</p> <p>2. Partes procesales:</p> <p>a. Juez (instancia ): TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</p> <p>b. Demandado: Junta de usuarios del valle de jequetepeque</p> <p>c. Demandante: Ignacio Ramírez Acuña</p>	
<p><b>II. FUNDAMENTOS DE HECHO</b></p>	
<p>a. El recurrente interpone demanda de acción de amparo, por haber ordenado el corte definitivo del riego para su fundo, constituyendo esto una amenaza de su derecho constitucional a la libertad de empresa, comercio e industria.</p>	<p>El recurrente alega que existe una amenaza de violación de sus derechos constitucionales antes mencionados.</p>
<p>b. La junta de usuarios contesta la demanda, expresando que el demandante les adeuda una suma de dinero, por no haber pagado en el plazo pactado, solicita que se declare la caducidad de la acción.</p>	<p>Cuando una resolución; que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida.</p>
<p><b>III. FUNDAMENTOS DE DERECHO</b></p>	
<p>a. El tribunal entiende que institución de caducidad en la acción de amparo no puede alegarse de supuestas amenazas de derechos.</p>	<p>En el proceso constitucional de amparo está sujeto a plazo de prescripción el caduca a los sesenta días de producida la afectación.</p>
<p>b. Que en el proceso constitucional de amparo se requiere que exista una agresión manifiesta de un derecho constitucional.</p>	<p>Se requiere para la interposición de un demanda constitucional, que dichas acciones u omisiones sean claras y manifiestas.</p>
<p><b>IV. CONCLUSIONES</b></p>	



<p>a. La primera Sala Civil de la corte Superior de Justicia Declaro fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa</p>	<p>En la acción de amparo el afectado puede interponer la demanda por agresión de un derecho constitucional.</p>
<p>b. Improcedente la demanda de amparo porque considera que el demandante antes de recurrir al órgano jurisdiccional debió agotar la vía administrativa</p>	<p>Se declara improcedente la presente demanda por no agotar la vía administrativa.</p>