



Libros Derecho
Digitales.pe



Libros Derecho
Digitales Perú

guía práctica

4

La prueba EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Christian Donayre Montesinos

Felipe Johan León Florián

Raffo Velásquez Meléndez

Juan Manuel Sosa Sacio

Berly Javier Fernando López Flores

**GACETA
JURIDICA**

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

TEL: (01) 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

**DIALOGO
CON LA
JURISPRUDENCIA**



**LA PRUEBA EN
EL PROCESO CONSTITUCIONAL**

PRIMERA EDICIÓN
OCTUBRE 2010
8550 ejemplares

© *Christian Donayre Montesinos*
© *Felipe Johan León Florián*
© *Rafael Velásquez Meléndez*
© *Juan Manuel Sosa Sacio*
© *Berly Javier Fernando López Flores*
© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2010-13813

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN: 978-612-4081-16-3

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221000932

DISEÑO DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Rosa Alarcón Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

BUSCANOS EN FACEBOOK:

-Libros Derecho Digitales Perú
-Libros Derecho Digitales.pe

E-mail: librosderechodigitalespe@outlook.es

Presentación

Qué duda cabe de que el proceso ha asumido en el modelo del Estado Constitucional de Derecho un rol protagónico en la tutela de los derechos fundamentales. La Constitución ya no puede ser vista desde una perspectiva netamente política, sino que sus normas –entendidas como principios y valores– generan hoy una indudable fuerza jurídica.

Este proceso de constitucionalización trajo consigo un cambio en cuanto a la forma de pensar el Derecho y también de resolver los casos, de la mano de una teoría de la argumentación jurídica que lejos de comprender al Derecho como algo estático, le otorga a los hechos –y, por ende, a las pruebas que los sustentan– un rol trascendental. En otras palabras, los casos ya no deben construirse a partir de la norma, para posteriormente tratar de encajar los hechos en ella, sino que debe ocurrir un proceso inverso. Los operadores jurídicos deben partir de ellos para, finalmente, arribar a la norma.

Vistas así las cosas, ya la prueba no es más solo un elemento que el demandante debe acompañar a la causa para demostrar que una afectación requiere de tutela urgente y que, por lo tanto, el proceso constitucional es la vía idónea; sino que ahora se ha convertido en la piedra angular del proceso (no solo el constitucional), al ser el insumo necesario para la construcción del caso desde los hechos, muy a pesar de las resistencias que esta forma de entender el Derecho halla en nuestra cultura jurídica. Hoy los hechos no son más un instrumento accesorio de la actuación judicial, obligándonos incluso a repensar el rol del juez.

Y es que desde las aulas se nos enseña a pensar que a partir de una escueta fórmula legal, como la contenida en el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, y a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del Derecho, en materia procesal constitucional la ausencia de etapa probatoria hace que los elementos de prueba que se admitan sean aquellos que no requieran actuación, pues demuestran evidentemente la afectación de un derecho fundamental. Esta visión, como podrá apreciarse de los estudios que presentamos en esta oportunidad, ha sido desvirtuada a partir de la propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, dando lugar a una práctica mucho más abierta a la valoración de los hechos.

Es por ello que estamos seguros de que los trabajos publicados en esta obra –caracterizados todos por una impecable claridad expositiva– serán de mucha utilidad para nuestros lectores, no solo porque hallarán en ellos pautas sobre qué y cómo probar en los principales procesos constitucionales (en algunos casos, incluso, respecto de determinados derechos fundamentales), sino porque, además, constituyen el primer esfuerzo de un tratamiento de la teoría probatoria en el proceso constitucional realizado en nuestro medio, lo que le otorga un inestimable valor agregado que esperamos pueda ser aprovechado por todos los operadores jurídicos inmersos en el litigio constitucional.

Catherine Sevilla Torello
Coordinadora

Capítulo

1

La prueba en el proceso de hábeas corpus

La prueba en el proceso constitucional de hábeas corpus

Una mirada a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Christian DONAYRE MONTESINOS^(*)

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 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 prácticos para su defensa.

I. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD, CON ESPECIAL REFERENCIA AL HÁBEAS CORPUS

Abordar el tema de la prueba en el marco de los procesos constitucionales reviste cierta complejidad, pues, si bien es cierto hay

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la PUCP. Diplomado en Docencia Universitaria por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la PUCP y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Militar.

actividad probatoria. Esta, por su especial naturaleza, se ve seriamente restringida, a tal punto que no se prevé una etapa específica para estos efectos. En ese sentido, la dificultad radica en determinar qué medios probatorios son idóneos y, por lo tanto, pueden ser ofrecidos en ese ámbito tan limitado para el ejercicio de la *libertad probatoria*.

Desde luego, cuando se trata de procesos constitucionales orgánicos (léase inconstitucionalidad, acción popular y competencial) el grado de complejidad es mucho menor, por cuanto, salvo ciertas circunstancias muy especiales⁽¹⁾, normalmente la actividad probatoria se circumscribe a la presentación del (o los) dispositivo(s) normativo(s) que se reputa(n) inconstitucional(es)⁽²⁾. Sin embargo, cuando se trata de procesos constitucionales de la libertad (hábeas corpus, hábeas data, amparo y cumplimiento⁽³⁾ en el caso peruano) el tema adquiere una dificultad mayúscula.

- (1) Para Rubén Hernández Valle estas circunstancias serían aquellos casos en los cuales la presunta inconstitucionalidad se sustenta en la violación del principio de igualdad (pues corresponde demostrar, con prueba idónea, la existencia de un tratamiento discriminatorio ya sea por equiparación o por diferenciación), del principio de razonabilidad (y es que, a su juicio, “(...) no es posible hacer un análisis de ‘razonabilidad’ sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada”), de una costumbre constitucional (para demostrar aquella práctica reiterada que se considera precisamente puesta en entredicho con el dispositivo que es objeto de cuestión) y, finalmente, si se dirige contra lo que el autor denomina “interpretaciones erróneas”, esto es, cuando la cuestión no es la oposición de una norma subconstitucional y el parámetro de constitucionalidad, sino más bien porque la interpretación dada por el operador jurídico a la primera no es conforme con el segundo. A mayor abundamiento: HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “La prueba en los procesos constitucionales”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 5. Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México DF, enero-junio 2006, pp. 188-191.
- (2) Así, por ejemplo, el Código Procesal Constitucional en el caso de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad exige que se adjunte a la demanda copia simple de la norma objeto del proceso precisándose el día, mes y año de publicación. Puede revisarse para la acción popular el inciso 5 del artículo 86 y para el proceso de inconstitucionalidad el inciso 6 del artículo 101 del Código Procesal Constitucional.
- (3) No olvidemos que en el caso del proceso de cumplimiento, si bien es cierto se discute su naturaleza de proceso constitucional en razón de que de conformidad con el inciso 6 del artículo 200, en rigor, busca atender las exigencias del principio de legalidad y la ejecución de actos administrativos. El Tribunal Constitucional a pesar de identificarlo como un proceso “constitucionalizado” ha intentado justificar su carácter de proceso constitucional de la libertad aduciendo la protección de un derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos. Véase sobre el particular, la sentencia del colegiado recaída en el caso Maximiliano Villanueva Valverde (Expediente N° 0168-2005-PC/TC).

A este respecto, el artículo 9 del Código Procesal Constitucional parte señalando que no existe etapa probatoria, para luego complementar indicando que solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, sin perjuicio de que el juez constitucional ordene la realización de las actuaciones probatorias que considere indispensables, siempre que no afecten la duración del proceso y sin notificación previa.

El objeto de la prueba en el marco de los procesos constitucionales –siguiendo lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el caso Alejandro Tarazona Valverde (Expediente N° 04762-2007-PATC)⁽⁴⁾– “(...) se orienta a acreditar o determinar la existencia o inexistencia de hechos controvertidos o litigiosos que son relevantes para adoptar la decisión. La prueba debe estar orientada hacia la búsqueda de decisiones que, para ser justas, deban fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos afirmados por las partes en el proceso, que , después de los actos postulatorios (demanda y contestación), resulten controvertidos y relevantes para adoptar la decisión”.

En ese sentido, hay una estrecha relación entre el derecho a probar y el derecho a la tutela procesal efectiva que el propio Tribunal Constitucional se ha preocupado en destacar. Así, de acuerdo con su sentencia recaída en el caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana (Expediente N° 06712-2005-PHC/TC)⁽⁵⁾ “(...) una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de prueba[s] a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio”.

(4) Sentencia de fecha 22 de setiembre de 2008 y publicada el 10 de octubre del mismo año.

(5) Sentencia de fecha 17 de octubre de 2005 y publicada el 20 de enero de 2006.

La ausencia de etapa probatoria y concretamente las limitaciones a la prueba en los procesos constitucionales de la libertad se justifican en elementos que van desde lo que es materia de discusión en su seno hasta la naturaleza de proceso urgente que ha buscado dotarles el Código Procesal Constitucional. En efecto, respecto de lo primero, como se sabe, en este tipo de procesos el juez en rigor no declara el derecho, sino que se encarga de verificar su amenaza o violación y en función de eso determina la medida que resulte más tuitiva al derecho fundamental involucrado. Desde esta perspectiva, la controversia está dirigida, en primer lugar, a determinar la presencia del acto lesivo al derecho fundamental y, en segundo término, sobre la base de ello, decidir la medida que permita cautelar su vigencia efectiva. Conforme ha sostenido el Tribunal Constitucional peruano en el caso Julia Soledad Chávez Zúñiga (Expediente N° 410-2002-AA/TC)⁽⁶⁾ “(...) no existe etapa probatoria en el amparo porque en él no se declaran ni constituyen a favor de ninguna de las partes derechos constitucionales, lo que sí sucede en otra clase de procesos ordinarios, para cuyo caso, precisamente, se ha previsto la estación probatoria”. Posteriormente, en el caso Alejandro Tarazona Valverde citado líneas atrás, aunque refiriéndose al amparo, el colegiado destacó que: “La ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo se deriva de la finalidad y del objeto del proceso, ya que en él no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino solo se restablece su ejercicio ante una afectación manifiestamente arbitraria o irrazonable”.

En relación con lo segundo, conforme destaca el Código Procesal Constitucional en el artículo II de su Título Preliminar, los procesos constitucionales tienen como fines esenciales asegurar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionalmente protegidos. En este sentido, atendiendo al importante papel que cumplen para todo Estado constitucional, se les ha investido de aquellos rasgos que permiten identificar a un proceso de tutela urgente. De esa forma, se ha hecho uso de la sumarización procedimental, esto es, reducción de plazos, eliminación del dictamen fiscal, entre otros; y de la sumarización cognitiva, es decir, será el juez quien

(6) Sentencia de fecha 15 de octubre de 2002 y publicada el 21 de julio de 2003.

decida si requiere de audiencia para complementar su información⁽⁷⁾. En ese sentido, conforme ha tenido oportunidad de destacar el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Ramírez Erazo (Expediente N° 09878-2005-PHC/TC)⁽⁸⁾, “[l]a actuación de los medios probatorios no se realiza en los procesos constitucionales como en los procesos judiciales ordinarios, lo que no quiere decir que en los primeros dicha actuación sea inexistente. No obstante, los procesos constitucionales exigen también a los pretensores que acuden a la vía constitucional adjuntar los medios probatorios idóneos que sean suficientes para crear en el juzgador un criterio respecto de la vulneración del derecho que se alega. La naturaleza excepcional, urgente y sumarísima de los procesos constitucionales determina, pues, la necesidad de activación inmediata de los medios probatorios (...”).

Ahora bien, de acuerdo con lo expresado en el citado artículo 9 del Código Procesal Constitucional, si bien es cierto no hay estación probatoria, en el seno de los procesos constitucionales de la libertad procede presentar aquellos medios probatorios que no requieran actuación. Vemos así cómo se erige un límite a la prueba que conviene destacar, esto es, que en principio solo cabría presentar documentos o pruebas instrumentales (conforme veremos luego, en el marco de un hábeas corpus se ha admitido certificados médicos, fotografías, publicaciones periodísticas, resoluciones administrativas y/o judiciales, acuerdos o escritos de naturaleza privada, entre otros).

Estos medios probatorios deben ser presentados con la demanda y la contestación, según corresponda, es decir, en la etapa postulatoria del proceso; aunque excepcionalmente se admite la presentación de medios probatorios a posteriori, esto es, cuando tienen por objeto acreditar hechos trascendentales para el proceso, pero que ocurrieron después de la interposición de la demanda. En estos casos, el juez podrá admitirlos en la controversia principal o en la cautelar, siempre que no requieran actuación y bajo la obligación de ponerlos en conocimiento de la contraparte antes de expedir la resolución que ponga fin al grado (artículo 21 del Código Procesal Constitucional). Es preciso destacar que, en el particular caso del hábeas, su mérito podrá ser apreciado

(7) AA. VV. Código Procesal Constitucional. Palestra, Lima, agosto de 2004, p. 7.

(8) Sentencia de fecha 7 de marzo de 2006 y publicada el 23 de agosto del mismo año.

por el juez en cualquier estado del proceso (inciso 6 del artículo 33 del Código Procesal Constitucional).

En esa línea de pensamiento, vemos que la *libertad probatoria* se encuentra particularmente restringida en los procesos constitucionales en general y en los relativos a la protección de la libertad en particular, lo cual obedece, como ya se ha señalado, al fin que se busca a través de ellos y la naturaleza urgente que los caracteriza. No obstante, no hay que olvidar que el juez, en aplicación del principio de dirección judicial del proceso claramente manifestado en la parte final del artículo 9 del Código Procesal Constitucional y que encuentra concordancia en el artículo 19 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, puede ordenar la actuación de otros medios probatorios que considere indispensables, siempre que no generen una demora en el proceso. Nuevamente podemos apreciar la naturaleza urgente de los procesos constitucionales, por cuanto la posibilidad de actuar otros medios probatorios está sujeta a que ello no genere una dilación del proceso y, en consecuencia, enerve la tutela rápida y efectiva que se espera de este tipo de procesos.

Ahora bien, en lo que concierne específicamente al hábeas corpus, de la revisión jurisprudencial realizada y que es materia de la presente investigación, el lector podrá comprobar que en su seno se ha presentado una amplia variedad de medios probatorios que van desde pruebas meramente documentales hasta verificaciones y declaraciones testimoniales, siempre, y como no podía ser de otra manera, en atención a la naturaleza del acto lesivo que se cuestiona y al derecho fundamental involucrado. En efecto, se podrán apreciar las dificultades que, por ejemplo, se enfrentan al momento de intentar acreditar una amenaza a la libertad personal y ya no decir su carácter cierto e inminente. Asimismo, se aprecia lo necesario –aunque a veces insuficiente– que puede resultar en el marco de un hábeas corpus que busca defender el derecho a la integridad personal, contar con un certificado médico que dé cuenta de las lesiones de las que se dice ser objeto; o simplemente lo útil que son las verificaciones o constataciones para casos como este y para acreditar una privación arbitraria de la libertad personal, entre otros.

En ese sentido, y a efectos de una explicación más ordenada del tratamiento de la prueba en el hábeas corpus, hemos considerado conveniente presentar al lector un análisis jurisprudencial sobre la base de la tipología del hábeas corpus. De esta manera, podrá identificar los medios probatorios que se han presentado en la amplia variedad de casos que han llegado a la sede del Tribunal Constitucional desde la perspectiva de la naturaleza del acto lesivo y del derecho fundamental involucrado, que son, en términos generales, los criterios que han permitido construir la clasificación que a continuación se detalla.

II. UNA BREVE REVISIÓN JURISPRUDENCIAL A LA PRUEBA EN EL HÁBEAS CORPUS, A PROPÓSITO DE SU TIPOLOGÍA

Son en buena cuenta ocho los tipos de hábeas corpus identificados por la doctrina y recogidos a nivel jurisprudencial. Todos ellos, como tendrá oportunidad de observar el lector, se han identificado en función de la manera como se presenta el acto lesivo, es decir, si se trata de una amenaza, una restricción, una privación, una medida legítima que se torna posteriormente en irregular o si cesó o está vigente al momento de que se inició el proceso constitucional; y también en razón al derecho fundamental cuya violación se alega, ya sea que se trate del derecho a la libertad o a la integridad personales, a no ser objeto de desaparición forzada o uno conexo a la libertad personal.

a. El hábeas corpus preventivo y la necesidad de acreditar la amenaza a la libertad personal y su carácter cierto e inminente

El hábeas corpus preventivo procede ante la amenaza del derecho a la libertad personal. Conforme destaca el Código Procesal Constitucional en el artículo 2, tal como lo hiciera también la normativa precedente sobre la materia⁽⁹⁾, no es que cualquier amenaza puede ser objeto de cuestionamiento a través de este proceso constitucional; sino solamente aquella que es cierta e inminente, esto es, no debe existir margen de duda, en primer lugar, de su existencia, en segundo término,

(9) Véase el artículo 2 de la Ley N° 23506 y el artículo 4 de la Ley N° 25398.

que está muy próxima a concretarse y, por último, que si esto ocurre, se producirá una afectación arbitraria de la libertad personal⁽¹⁰⁾.

Según lo expresado por el Tribunal Constitucional en el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽¹¹⁾, el hábeas corpus preventivo es aquel que “(...) podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia. Al respecto, es requisito sine qua non de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetal ni presunta”.

Son múltiples los casos que han llegado a conocimiento de nuestro Tribunal Constitucional con el objeto de que este evalúe la constitucionalidad de circunstancias que, a criterio de los demandantes, se manifestaban amenazantes para el ejercicio de la libertad personal. No obstante, no han sido pocas las ocasiones en que el Colegiado se ha visto en la obligación de desestimar este tipo de pretensiones

(10) Este tipo de hábeas corpus tiene como antecedente lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República en el célebre caso Alberto Borea Odría (Expediente HC N° 14-94), en sentencia de fecha 24 de febrero de 1994 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de mayo del mismo año.

A tenor de dicha sentencia:

“(...) según lo preceptuado en el numeral ochenta de la tantas veces citada ley, en estos casos el Fiscal Provincial solo tiene dos alternativas: o formaliza la denuncia o abre investigación policial, lo que no hizo en el caso de autos, sino que inició por su cuenta una investigación que no tenía cuándo concluir, que, como consecuencia de esta investigación ilegal la puesta en peligro de la libertad del accionante se pone de manifiesto cuando no se quiere dar por concluida una investigación mientras no se presente el investigado a prestar su declaración indagatoria a sabiendas de que se encontraba fuera del Perú, dando a entender que la investigación tenía que prolongarse mientras dure la ausencia, como si no hubieran otros elementos de juicio en los actuados, que no solo permitían sino que la obligaban a un pronunciamiento definitivo, como lo había hecho respecto a otros implicados, prolongando una situación de indefensión procesal y la consiguiente estigmatización que conlleva el simple hecho de estar investigado por presunto delito; que evidentemente esta actitud no tiene justificación ninguna, tanto más, si se tiene en cuenta que los hechos ya habían sido materia de una sentencia en el fuero respectivo, por lo que tenemos que admitir que existe, pues, amenaza de violación a la libertad personal del actor (...)”.

Sobre este caso en particular y demás implicancias véase: VALLE-RIESTRA, Javier. “Borea, el leading case”. En: *Ius et veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8. Lima, junio de 1994, pp. 184-191.

(11) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

precisamente en atención a que no se acreditaban los requisitos de certeza e inminencia.

Así, por ejemplo, en el caso Alfredo Arnaiz Ambrosiani (Expediente N° 2175-2002-HC/TC)⁽¹²⁾ el Tribunal Constitucional desestimó la demanda “(...) habida cuenta de que: **a)** el recurrente plantea esta acción de garantía sobre la base de una nota periodística que da cuenta de los resultados de ciertas investigaciones seguidas ante una Subcomisión Investigadora del Congreso de la República; **b)** La circunstancia de que una Comisión del Congreso investigue ciertos hechos por delegación del Pleno, no constituye amenaza ilegítima a la libertad, pues no se aprecia arbitrariedad ni violación al debido proceso en tal investigación, y el hecho [de] que un medio de comunicación informe acerca de los resultados de una investigación parlamentaria no significa, de ninguna forma, amenaza que pueda considerarse cierta e inminente contra la libertad individual del recurrente, pues ni el Congreso puede encontrarse impedido de investigar asuntos de interés público, cuando es la propia Constitución del Estado la que lo faculta plenamente para ello ni, por otro lado, el que las investigaciones concluyan incriminando al actor no quiere decir que su libertad corra peligro, pues en este último supuesto será el propio Ministerio Público y el Poder Judicial quienes, en pleno ejercicio de su autonomía y libertad de criterio, determinen la situación jurídica del investigado, no teniendo el Congreso capacidad de decisión al respecto”.

En ese orden de ideas, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, la nota periodística ofrecida por el demandante como medio de prueba para dar cuenta de la amenaza a su libertad personal, no resultaba suficiente para acreditar su certeza e inminencia, máxime si, como indica, el hecho de que se inicie una investigación contra alguien no significa per se que esta se traducirá en una medida que afectará la libertad personal ni mucho menos que lo hará de manera arbitraria, por cuanto serán las autoridades competentes las que precisamente, sobre la base de los instrumentos recabados, determinarán razonablemente su situación jurídica.

(12) Sentencia con fecha 14 de octubre de 2002 y publicada el 15 de mayo de 2003.

Por otro lado, en el caso Martha Milagro Valenzuela Sotomayor y otra (Expediente N° 4022-2004-HC/TC)⁽¹³⁾, el Tribunal Constitucional va a señalar que “(...) no constituyen amenaza cierta y de inminente realización contra derecho constitucional alguno las palabras procaces pronunciadas por un sujeto en estado de ebriedad”. Este pronunciamiento es especialmente interesante, ya que pone de manifiesto lo difícil que resulta acreditar una amenaza a la libertad personal sobre la base de meras declaraciones o expresiones del presunto agresor, sea este un privado –como en el caso– o una autoridad pública con potestad para privar legítimamente de la libertad personal a alguien, como la Policía. Eso sí, si bien es cierto que el hecho de que en el caso mencionado el presunto agresor se haya encontrado en estado de ebriedad siembra un margen mayor de duda respecto de las posibilidades reales de la amenaza invocada, no hay que perder de vista que incluso de no haberse encontrado en ese estado, si no es por declaraciones testimoniales u otros medios de prueba que, para empezar, den cuenta de la existencia de la expresión verbal de la amenaza y, luego, del peligro inminente de su pronta realización, resultará muy complejo conseguir que una demanda en estos términos sea acogida favorablemente.

Más recientemente, en el caso Gino Cárdenas Pezo (Expediente N° 5869-2009-PHC/TC)⁽¹⁴⁾ el Tribunal Constitucional determinó, sobre la base de los medios probatorios ofrecidos, que el demandante aducía una supuesta amenaza a su libertad personal a fin de dejar sin efecto una resolución que fijaba nuevamente fecha para la audiencia de lectura de sentencia. Para estos efectos, el juez constitucional valoró la resolución de fecha 28 de agosto de 2009 presentada en el proceso y a partir de la cual no se deducía amenaza alguna a la libertad personal. Es más, insistió en que “(...) no se produce la amenaza o vulneración del derecho a la libertad personal cuando se procede a la citación para la lectura de sentencia (...)”. Por si ello fuera poco, en la medida en que el demandante también alegaba una presunta amenaza a su libertad, debido a que el magistrado demandado había dispuesto su captura a nivel nacional, presentó la resolución de fecha 27 de agosto de 2009. A este respecto, el Colegiado también desestimó la

(13) Sentencia de fecha 29 de diciembre de 2004 y publicada el 8 de abril de 2005.

(14) Sentencia de fecha 4 de febrero de 2010 y publicada el 26 de marzo del mismo año.

pretensión por cuanto aquella resolución había quedado sin efecto al día siguiente de su expedición, en virtud de una resolución de fecha 28 de agosto del mismo año y que también obraba en el expediente.

Por otro lado, en el caso Janet Milagros Sandoval Dextre y otros (Expediente N° 00626-2010-PHC/TC)⁽¹⁵⁾, los demandantes alegaban amenaza a sus derechos a la libertad personal, a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, en virtud de que a partir de la Disposición N° 01, de fecha 23 de octubre de 2009, se ordenaba iniciar una investigación preliminar en sede fiscal por veinte días para que se practiquen ciertas diligencias y se les citaba para que rindan su declaración, debido al proceso iniciado contra ellos por el delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa. Por si ello fuera poco, sostienen que se habrían enterado por terceras personas que mediante la Citación N° 7733-2009 se les estaría requiriendo para prestar su declaración bajo apercibimiento de ser conducidos de grado o fuerza en caso de inasistencia injustificada.

En esta oportunidad el Colegiado va a desestimar la demanda fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, debido a que luego de valorar el medio probatorio ofrecido por los demandantes consistente en la Disposición N° 01, concluyó que por su intermedio solo se les cita para que rindan su declaración por la denuncia que se interpuso en su contra, por lo que de esta citación no se infiere amenaza alguna a su libertad personal. En segundo término, al no haberse presentado la Citación N° 7733-2009 como medio probatorio al interior del proceso, no pudo ser valorado para acreditar la presunta amenaza. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda no sin antes advertir que “(...) si bien no existe en los procesos constitucionales etapa probatoria, ello no exime a los recurrentes de presentar elementos probatorios suficientes que acrediten la alegada vulneración o amenaza de vulneración del derecho de libertad individual”.

Conforme se ha podido apreciar, en el caso del hábeas corpus preventivo lo singular es que, como se busca cuestionar una amenaza a la libertad personal, no siempre es fácil acreditar su existencia y su carácter cierto e inminente. En efecto, en no pocas ocasiones los

(15) Sentencia de fecha 26 de marzo de 2010 y publicada el 13 de abril del mismo año.

demandantes se remiten a la declaración verbal del presunto agresor, la que al no tener asidero concreto en algún documento específico y, por lo tanto, al no poder corroborarse en los hechos, hace sumamente complejo que el juez constitucional tutele el derecho a la libertad personal. Desde luego, tampoco significa que todo documento resulte un medio probatorio idóneo para acreditar la supuesta amenaza, pues, conforme ha quedado demostrado, esto dependerá de su contenido y, por supuesto, de quien lo ha emitido y cómo ha sido recabado. Así por ejemplo, declaraciones testimoniales, notas periodísticas, llamadas telefónicas, piezas procesales que den cuenta del inicio de una investigación, de la citación de una audiencia o de su realización; no serán elementos probatorios suficientes si de ellos no se deriva, como ya se ha explicado, la existencia de la amenaza, su carácter cierto e inminente, el peligro latente a la libertad personal y, desde luego, la responsabilidad de la persona contra quien se ha dirigido la demanda.

b. El hábeas corpus restringido y la necesidad de acreditar las perturbaciones o molestias que dificultan irrazonablemente el ejercicio de la libertad

El hábeas corpus restringido se presenta cuando se está ante actos que molestan o perturban el ejercicio de la libertad personal de manera irrazonable. En otros términos, no hay amenaza ni privación a su ejercicio sino más bien restricciones carentes de una justificación razonada y proporcional que se traducen, por ello, en obstáculos para ejercer regularmente este derecho fundamental. Encajan en este supuesto, por ejemplo, los incisos 6 y 13 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional, referidos al derecho de los nacionales o los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la ley de extranjería o de sanidad; y al derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados; respectivamente.

En el caso José Aguilar Santiesteban (Expediente N° 2455-2002-HC/TC)⁽¹⁶⁾ el Tribunal Constitucional reconoció el hábeas corpus restringido al señalar que “el hábeas corpus, históricamente, surge como

(16) Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2002 y publicada el 28 del mismo mes y año.

remedio frente a una detención; sin embargo, la doctrina reconoce el denominado ‘hábeas corpus restringido’, también llamado accesorio o limitado, siendo una modalidad del hábeas corpus reparador, que tiene por finalidad, según Néstor Pedro Sagués, ‘(...) evitar perturbaciones o molestias menores a la libertad individual que no configuren una detención o prisión’”.

De igual manera, en el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽¹⁷⁾ el Tribunal Constitucional definió el hábeas corpus restringido como aquel que “[s]e emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, ‘se le limita en menor grado’. Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.”.

Cuando se trata de un hábeas corpus restringido se torna necesario presentar aquellos medios probatorios o actuados que permitan dar cuenta de la perturbación o molestia de la que se dice ser objeto, su irrazonabilidad y, desde luego, la responsabilidad de quien se considera el agresor. Conforme ha destacado el Tribunal Constitucional en el caso Luis Augusto Brain Delgado (Expediente N° 3482-2005-PHC/TC)⁽¹⁸⁾, en estos casos “(...) aun cuando no esté de por medio una medida de detención, no quiere ello decir que la discusión o controversia a dilucidar resulte un asunto de mera constatación empírica. En estos casos, como en otros similares, es tan importante verificar la restricción a la libertad que se alega como lo señalado por las partes que participan en el proceso, además de merituar las diversas instrumentales que puedan haber sido aportadas. Al margen de la sumariedad del

(17) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

(18) Sentencia de fecha 27 de junio de 2005 y publicada el 25 de octubre del mismo año.

proceso, es necesario evaluar con algún detalle lo que se reclama y el elemento probatorio con el que se cuenta”.

Así por ejemplo, en el caso Asociación de Familiares de Presos Políticos y Desaparecidos del Perú (Expediente N° 1835-2002-HC/TC)⁽¹⁹⁾ la demanda de hábeas corpus se interpone “(...) contra el Ministro del Interior, don Fernando Rospigliosi Capurro, y el Director de la DIRCOTE, don Marco Enrique Miyashiro Arashiro, pues considera que los emplazados vienen realizando actos de acoso, persecución y seguimiento contra los miembros de la asociación. Señala que los demandados han entregado unas separatas a diversos medios de comunicación que incluyen nombres y fotos de miembros de la asociación, en donde se les acusa falsamente de cometer acciones violentas y perseguir propósitos ilícitos”. Para estos efectos, los demandantes presentaron estos documentos o separatas, sin embargo, el Colegiado declaró infundada la demanda en virtud de que “(...) no existe medio objetivo alguno que vincule a los emplazados con la distribución de documentos que obran a fojas 4 a 14”. Por si ello fuera poco, añadió que “(...) la sola existencia de tales separatas no puede dar lugar a un hecho susceptible de ser amparado por una acción de hábeas corpus, toda vez que ello no genera una afectación del derecho a la libertad individual (...). Fíjese como en este caso no solo los medios probatorios fueron insuficientes para acreditar la acusada perturbación, sino que tampoco permitían establecer alguna relación que vincule a los demandados con la presunta agresión.

Similar suerte fue la que corrió la demanda de hábeas corpus en el caso Ana María Salinas Saavedra (Expediente N° 05309-2009-HC/TC)⁽²⁰⁾, en el cual de los medios probatorios aportados solo se evidenció la existencia de una investigación policial producto de una denuncia del Ministerio Público, mas no los seguimientos y la vigilancia en el centro de labores que denunciaba la demandante.

En la actualidad, buena parte de los hábeas corpus de tipo preventivo que conoce el Tribunal Constitucional se refiere a obstáculos a

(19) Véase la sentencia con fecha 21 de agosto de 2002 y publicada el 25 de abril de 2003.

(20) Sentencia de fecha 25 de marzo de 2010 y publicada el 30 del mismo mes y año.

la libertad de tránsito producto de la colocación de rejas o mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Esta situación, que si bien es cierto no constituye por sí misma una violación de la libertad de tránsito y, por lo tanto, no es constitucional⁽²¹⁾, debe sujetarse a una serie de pautas que el propio Colegiado ha venido sentando al respecto, entre las cuales se encuentra contar con la autorización de la autoridad competente, el establecimiento de un horario en que las rejas estarán abiertas y otro en el que podrán estar cerradas, la presencia de un vigilante que facilite el acceso según las circunstancias, entre otros⁽²²⁾.

En estos casos, en la línea entonces de lo sostenido por el Tribunal Constitucional respecto de los medios probatorios que cabe presentar en el seno de un hábeas corpus restringido, se trata no solo de llevar a cabo constataciones empíricas para verificar tanto la existencia de las rejas como sobre todo su operatividad diaria –lo que queda además sentado en una acta de constatación–, sino también otros instrumentales. Así, por ejemplo, en el caso Dery Jesús Gomero Tejada (Expediente N° 05151-2009-PHC/TC)⁽²³⁾, además del acta de constatación de la cual se desprendía de que “(...) en la Avenida 28 de julio con Jirón Amazonas se encuentra un montículo de tierra de aproximadamente 15 metros de largo, y que el muro da ingreso de propiedad del recurrente hasta la calle Madre de Dios (...)”, se presentaron otros elementos de prueba como resoluciones administrativas que daban cuenta de las multas que se habían impuesto contra la empresa demandada por ejecutar construcciones sin autorización municipal y por realizar construcciones y/o edificaciones en la vía pública.

En el caso fructuoso Achahui Yucra y otro (Expediente N° 06042-2009-PHC/TC)⁽²⁴⁾, a partir de los medios probatorios ofrecidos se pudo

(21) Véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso Fidel Diego Mamani Tejada (Expediente N° 0481-2000-AA), de fecha 6 de diciembre de 2001 y publicada el 19 de julio de 2002.

(22) A este respecto hay un amplio número de sentencias como son las recaídas en los casos Compañía Inmobiliaria y Constructora Quisqueya S.A. (Expediente N° 0311-2002-HC/TC); Renzo Lercari Carbone (Expediente N° 2961-2002-HC/TC); Inversiones M y S S.A.C. (Expediente N° 2881-2003-HC/TC); entre otros.

(23) Sentencia de fecha 7 de abril de 2010 y publicada el 15 del mismo mes y año.

(24) Sentencia de fecha 17 de marzo de 2010 y publicada el 14 de abril del mismo año.

comprobar que, en rigor, la vía que usaba el demandante para su libre tránsito era de carácter privado. En efecto, a partir de la evaluación de la minuta del bien, presentada como elemento de prueba, se llegó al convencimiento de que la vía estaba en los linderos de la propiedad de la demandada. No obstante, el demandante presentó como medio probatorio a su favor un acta de compromiso firmada por la demandada, en la que esta se comprometía a permitirle el libre paso por su terreno. El problema radicaba entonces en que el demandante, cuando hacía uso de dicha vía, dejaba abierto el portón generándole gastos a la demandada por la pérdida de su ganado, de modo que esta optó por remitir un documento al Gobernador de la Región –que también fue presentado como medio probatorio– comunicándole estos hechos y advirtiéndole que de seguir esta práctica no renovaría el acta de compromiso. Finalmente, comoquiera que la demandada adjuntó al expediente como medio probatorio el acta de renovación del acuerdo que había elaborado y en la que se señalaba que se debía tener cuidado con las tranqueras y rejas por seguridad, y que los demandantes no quisieron firmar; el Colegiado concluyó que, en rigor, no había una obstrucción a su libertad de tránsito, sino que se trataba de una medida razonable para cautelar la seguridad de su propiedad.

En el caso Isidoro Juárez Zeta (Expediente N° 05976-2009-PHC/TC)⁽²⁵⁾, el Tribunal Constitucional al ocuparse de la servidumbre de paso ha precisado no solo su importancia como institución legal que hace viable el ejercicio de la libertad de tránsito, sino concretamente lo que corresponde probar en el marco de un proceso de hábeas corpus en una situación como esta. En ese sentido, es enfático al sostener que en el seno de este proceso constitucional no se entrará a discutir la existencia o validez legal de una servidumbre de paso por cuanto es una materia propia de la justicia ordinaria⁽²⁶⁾. Por ello mismo, a pesar de que el demandante alegaba la existencia de una servidumbre legal,

(25) Sentencia de fecha 4 de febrero de 2010 y publicada el 25 de marzo del mismo año.

(26) Estamos, desde luego, ante una decisión que tiene asidero en pronunciamientos previos del mismo Tribunal Constitucional como son los recaídos en los casos Paulo Bauer Cotrina (Expediente N° 0801-2002-PHC/TC); Hugo Santiago Chocano Rodríguez (Expediente N° 02439-AA/TC); Hugo Thomás Pando Reyna (Expediente N° 02548-2002-AA/TC); Cooperativa de Vivienda 14 de Febrero Sagitario (Expediente N° 1301-2007-PHC/TC); entre otros.

para lo cual ofreció copias de piezas procesales de un expediente penal en el que se le procesa por la comisión del delito de usurpación, así como fotografías, luego de que estos medios probatorios fueron valorados, al juez constitucional le pareció que no se había acreditado la existencia de la servidumbre legal, motivo por el cual declaró improcedente la demanda.

Conforme se ha podido apreciar, cuando se trata de un hábeas corpus restringido no basta con realizar constataciones empíricas que se ven materializadas en diligencias o actas de constatación, sino que en múltiples ocasiones se torna necesario presentar otros medios probatorios. Así, por ejemplo, se ha podido observar que en algunos casos se han acompañado resoluciones administrativas, piezas procesales de otro expediente o, inclusive, fotografías, con el objeto de poner en evidencia una conducta arbitraria y reiterada que perturba el ejercicio regular de la libertad personal.

c. El hábeas corpus reparador y la necesidad de acreditar la privación arbitraria de la libertad personal

El hábeas corpus reparador es también identificado como el tipo clásico por cuanto procede contra la práctica más común que viola el derecho a la libertad personal como es la detención⁽²⁷⁾; sin embargo, existen otros actos que suponen una privación de la libertad personal y que en caso de llevarse a cabo de manera irregular podrían configurarse –dependiendo del caso– en actos lesivos susceptibles de ser cuestionados a través de esta modalidad de hábeas corpus. Nos referimos a la

(27) La detención se encuentra vinculada a la privación de la libertad de una persona, en tanto se relaciona con la comisión de un acto delictivo, a fin de asegurar su presencia en el transcurso del proceso, así como los efectos jurídicos de la sentencia que se emitía. Se trata de una medida cautelar personal que es dictada siempre que se cumplan con determinados requisitos. Como se puede observar entonces, la detención guarda estrecha relación con la existencia de un proceso penal de por medio.

prisión⁽²⁸⁾, arresto⁽²⁹⁾, aprehensión⁽³⁰⁾ y secuestro⁽³¹⁾. Por ello, podemos definir el hábeas corpus reparador como aquel, que a diferencia de los anteriores, procede ante una privación arbitraria de la libertad personal. En tal sentido, no se circunscribe al supuesto previsto en el inciso 7) del artículo 25 del Código Procesal Constitucional, según el cual procede de la demanda de hábeas corpus para exigir la protección del derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

(28) La prisión constituye la situación en la cual se encuentra el sujeto que fue condenado por una sentencia emanada de un órgano judicial, luego de que se le siguiera un proceso penal. Como tendremos ocasión de ver con posterioridad, y para no confundir al lector, va a ser el hábeas corpus traslativo el que se podrá interponer cuando el sujeto en prisión haya cumplido su condena o cuando el plazo de la detención haya vencido y aún se encuentre privado de su libertad.

(29) La figura del arresto constituye una forma de privación de la libertad personal ordenada por la autoridad competente como medida de apremio, esto es, para obligar a que el sujeto adopte una determinada conducta en un supuesto específico o como medida sancionadora.

(30) La aprehensión, por su parte, constituye en sentido estricto un acto de colaboración con la justicia por parte de los particulares, en virtud del cual detienen a una persona en una situación de flagrancia delictiva. Producida la aprehensión, bien pueden retener al delincuente en el lugar de los hechos hasta que las autoridades policiales se constituyan allí o, caso contrario, trasladar al sujeto ante la dependencia policial más cercana. EGUILUREN PRAELI, Francisco. "Libertad personal, detención arbitraria y hábeas corpus: las novedades en la Constitución de 1993". En: AA. VV. *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales. N° 11. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, p. 17.

Las notas distintivas de la aprehensión son a saber las siguientes: en primer lugar, se trata de una autorización y no de una potestad, propia de la autoridad pública. De allí que los particulares no están obligados a detener a una persona que vean que está cometiendo un delito o lo ha cometido momentos antes. No estamos ante una obligación legal que les sea exigible como sí ocurre con las autoridades policiales. En segundo término, es necesario que estemos ante una situación de flagrancia delictiva y, finalmente, lo que busca esta forma de detención es que el sujeto aprehendido sea puesto a disposición de las autoridades policiales, no rigiendo para este caso los plazos de veinticuatro horas o quince días consagrados constitucionalmente. En este sentido: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Grijley, Lima, 2000, p. 815.

Si bien la Constitución de 1993 no recoge expresamente la figura de la aprehensión, se admite como legítima en tanto que se trata de una medida necesaria y socialmente útil de colaboración con la justicia.

(31) Que puede definirse como el acto de privación de la libertad personal llevado a cabo por particulares y que dependiendo de las circunstancias puede llegar a configurarse en una conducta delictiva. En este supuesto encajan, por ejemplo, aquellas prácticas de algunos hospitales y clínicas de impedir la salida del paciente hasta que se hayan cubierto todos los gastos incurridos. Véase a este respecto la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el caso Lorgia Olivares de Cabezas (Expediente N° 1411-2001-HC/TC), con sentencia de fecha 1 de abril de 2002 y publicada el 22 de setiembre del mismo año.

En el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽³²⁾ el Tribunal Constitucional definió el hábeas corpus reparador como aquella modalidad del hábeas corpus que “(...) se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato –juez penal, civil, militar–; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.”.

Es pertinente llamar la atención en que para acreditar la privación arbitraria de la libertad personal en el Código Procesal Constitucional se prevé un procedimiento especial. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de este cuerpo normativo, el juez, una vez presentada la demanda de hábeas corpus, podrá constituirse en el lugar de los hechos y, verificada la privación indebida de la libertad personal, ordenar en el mismo lugar la liberación del agraviado. Para ello, tan solo debe dejar constancia en el acta correspondiente y no será necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que dé cumplimiento de la resolución judicial respectiva.

En ese sentido, en el caso Natalio Abraham Veliz Sánchez (Expediente N° 04935-2009-PHC/TC)⁽³³⁾, el juez constitucional se apersonó al lugar en donde se supone que se estaba produciendo el acto lesivo y levantó el acta de verificación dejando constancia en ella de que el presunto agraviado no se encontraba en las instalaciones de la Policía Nacional del Perú y que ni siquiera había sido detenido en la fecha que se indicaba en la demanda. Es más, para comprobar esto último, recabó el cuaderno denominado Registro de Detenidos, en el cual no aparecía su nombre. Por si ello fuera poco, a partir de un oficio emitido por la Policía Nacional pudo también comprobar que sobre el presunto agraviado tampoco existían requisitorias pendientes. De esta manera, el juez constitucional, en aplicación del artículo 30 del Código Procesal Constitucional, pudo hacerse de los medios probatorios suficientes

(32) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

(33) Sentencia de fecha 29 de octubre de 2009 y publicada el 26 de marzo de 2010.

e idóneos que le permitieron llegar al convencimiento de que en sentido estricto la privación arbitraria de la libertad personal no se había producido.

Por su parte, en el caso Carlos Vladimiro Paredes Flores (Expediente N° 05349-2009-PHC/TC)⁽³⁴⁾, según relata la sentencia, el agraviado se dirigió a las instalaciones del Módulo Básico de Justicia de San Juan de Miraflores a fin de indagar sobre un proceso de otorgamiento de escritura pública y allí fue detenido arbitraria e inmotivadamente por los miembros de seguridad del recinto judicial. En este caso, el juez constitucional, sobre la base de las declaratorias explicativas del agente de seguridad del local y del juez a cargo del Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de San Juan de Miraflores, contra quien también se interpuso la demanda, concluyó que no se había configurado la violación al derecho.

En otros casos, comoquiera que lo que se cuestiona es el mandato de detención que ordenó la privación de la libertad personal por considerarlo falso de una motivación razonada y suficiente, lo que corresponde es adjuntar la resolución que se considera arbitraria para que el juez constitucional –junto con los otros elementos de prueba que le permitan al demandante demostrar que no se cumple los requisitos de ley para que proceda la medida cautelar personal–, determine su irrazonabilidad. Así, por ejemplo, en el caso Alfredo Ronald Espinoza Fonseca (Expediente N° 05575-2009-PHC/TC)⁽³⁵⁾, el actor demostró que como sucesor del cargo edil ante la muerte del alcalde de su localidad, debía ejercer este cargo hasta el año 2010, por lo que estaba obligado a permanecer en dicha localidad, en donde además domiciliaba y estaba arraigado, por lo que no había peligro procesal. Sobre la base de esta información, el juez constitucional evaluó la resolución que ordenaba la detención del demandante y concluyó que esta no resistía una motivación razonable. En otro sentido, se puede encontrar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso David Salomón Becerra Villanueva (Expediente N° 05513-2009-PHC/TC)⁽³⁶⁾, pronunciamiento

(34) Sentencia de fecha 31 de marzo de 2010 y publicada el 9 de abril del mismo año.

(35) Sentencia de fecha 31 de marzo de 2010 y publicada el 14 de abril del mismo año.

(36) Sentencia de fecha 7 de abril de 2010 y publicada el 15 del mismo mes y año.

en el cual no se logró demostrar la irrazonabilidad de la medida adoptada por el juez penal.

Conviene tener presente que en otros supuestos no es una resolución judicial la que ordena la privación de la libertad personal, sino una resolución administrativa, por lo que correspondería adjuntar, además de otros instrumentos probatorios, la resolución que se considera violatoria. Así, por ejemplo, en el caso José Ambrosio Luis López (Expediente N° 00029-2010-PHC/TC)⁽³⁷⁾, se cuestionaba la papeleta de sanción de ocho días de arresto simple que había sido adoptada al interior de la institución policial y el juez constitucional luego de valorar los medios probatorios ofrecidos concluyó que no procedía el hábeas corpus.

Conforme se ha podido apreciar, en el caso de un hábeas corpus reparador el propio código admite la posibilidad de que el juez se apersone al lugar de los hechos, lo que facilita en enorme medida la demostración de la privación arbitraria de la libertad personal, pues en estos casos bastará en muchas ocasiones con el acta de constatación para dar cuenta del acto lesivo y disponer la libertad del agraviado. Desde luego, a ello también coadyuvan declaraciones testimoniales y otros documentos, pues a partir de ellos el juez tendrá mayores elementos de juicio para definir la razonabilidad y/o legalidad de la medida privativa de la libertad.

d. El hábeas corpus traslativo y la necesidad de acreditar la irregularidad o arbitrariedad sobrevenida de la privación de la libertad personal

En el caso de un hábeas corpus traslativo lo que se cuestiona es una privación de la libertad personal que si bien originalmente era regular, por un factor o circunstancia posterior, deviene en arbitraria. Así, estaremos ante este tipo de hábeas corpus cuando lo que se pretenda es la libertad de una persona que se encuentra detenida o condenada, pero habiendo transcurrido el plazo previsto legalmente para que continúe en detención o el tiempo de su condena ya expiró. Igualmente, este es el caso de un sujeto cuya libertad fue declarada por el juez,

(37) Sentencia de fecha 24 de marzo de 2010 y publicada el 13 de abril del mismo año.

pero a pesar de ello continúa privado de su libertad. Es decir, hay una decisión judicial que ha dispuesto la libertad del procesado o condenado, un mandato de excarcelación, pero aún así se mantiene la situación privativa de la libertad. Comprendería entonces, según lo señalado por los mismos promotores del Código Procesal Constitucional, “(...) los casos en que existe exceso de detención al continuar el procesado detenido más allá del plazo fijado por la ley, o si el condenado no obstante haber cumplido su condena continúa en prisión”⁽³⁸⁾.

El Tribunal Constitucional en el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuana (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽³⁹⁾ estableció que el hábeas corpus en su modalidad traslativa “[e]s empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido”.

Desde luego, los medios probatorios que se pueden ofrecer en este tipo de circunstancias van a depender de las peculiaridades del caso concreto, pero a modo de ejemplo podemos señalar que cabría presentar la resolución judicial que ordena la excarcelación, resolución que dispuso la detención a fin de acreditar la fecha desde la cual se comenzó a aplicar la medida y así demostrar cómo esta, a la luz de la Constitución y la ley, deviene en ilegal o irrazonable, entre otros. Así, en el caso Pablo Wigberto Timaná Solis (Expediente N° 902-99-HC/TC)⁽⁴⁰⁾ el Tribunal Constitucional estableció como principio de observancia obligatoria que “(...) una forma de detención arbitraria por parte de una autoridad o funcionario lo constituye el hecho de omitir el cumplimiento obligatorio de normas procesales que disponen la libertad inmediata de un detenido, como es el caso del beneficio procesal de excarcelación por exceso de detención, previsto en el artículo 137 del Código Procesal Penal”.

(38) AA.VV. “Código Procesal (...)”. Ob. cit., p. 57.

(39) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

(40) Sentencia de fecha 11 de noviembre de 1999 y publicada el 16 de marzo de 2000.

Y es que para el Tribunal Constitucional, según lo señalado en el caso Luis Alberto Peraldo Jaramillo (Expediente N° 873-2000-HC/TC)⁽⁴¹⁾, “(...) cuando el artículo 137 del Código Procesal Penal, otorga libertad por exceso de detención, lo que ofrece en realidad es un paliativo a la eventual injusticia ocasionada por la lentitud o ineficacia en la administración de justicia, optando por el mal menor de que un culpable salga libre mientras espera su condena, frente al mal mayor de que un inocente permanezca encarcelado en espera de su tardía absolución definitiva. En tales circunstancias es obvio que hacer prevalecer el derecho de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, es una forma de anteponer la persona al Estado, tal y cual lo proclama el artículo 1 de la Constitución”.

Es sobre la base de lo anterior que, en dicho proceso, el Tribunal declaró fundada la demanda de hábeas corpus, pronunciándose en el mismo sentido y con similar argumentación en casos como el de Luis Alberto Estrada Suárez (Expediente N° 876-2000-HC/TC)⁽⁴²⁾, Eliseo Alvarado Linares (Expediente N° 1168-2000-HC/TC)⁽⁴³⁾, Alfredo Pérez Mezquita (Expediente N° 696-2000-HC/TC)⁽⁴⁴⁾, por citar solo algunos ejemplos.

Eso sí, conforme ha destacado el Tribunal Constitucional en el caso Gabriel Orlando Vera Navarrete (Expediente N° 2798-04-HC/TC)⁽⁴⁵⁾, habría que tomar en cuenta que “[l]a determinación del plazo máximo de la detención en el caso deberá realizarse de conformidad con el derecho a la razonabilidad del plazo de la detención (...) no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito (Expediente N° 2915-2004-HC/TC)”. En tal sentido, habrá casos en los que no bastará con

(41) Sentencia de fecha 18 de enero de 2001 y publicada el 19 del mismo mes y año.

(42) Sentencia de fecha 18 de enero de 2001 y publicada el 19 del mismo mes y año.

(43) Sentencia de fecha 15 de diciembre de 2000 y publicada el 19 de enero de 2001.

(44) Sentencia de fecha 19 de enero de 2001 y publicada el 20 del mismo mes y año.

(45) Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2004 y publicada el 18 de febrero de 2005.

adjuntar la resolución judicial que ordena la detención y su ilegalidad, sino que, por lo manifestado por el Colegiado, se hará necesario ofrecer otros medios probatorios que den cuenta de que esta demora es o no irrazonable. Para dichos efectos, el Tribunal Constitucional, en casos como el de Manuel Rubén Moura García (Expediente N° 549-2004-HC/TC)⁽⁴⁶⁾ ha precisado algunos criterios que pueden contribuir a determinar la aludida razonabilidad del plazo.

Así por ejemplo, nos dice, siguiendo lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como Suárez Rose-ro⁽⁴⁷⁾ –en jurisprudencia que se ajusta a lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– que para tal efecto se deben tomar en cuenta tres elementos: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; y iii) la conducta de las autoridades competentes.

En cuanto a estos criterios, conviene tener presente que “(...) para valorar la complejidad de un caso es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y la gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de los agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil”. Asimismo, de cara a examinar la actividad procesal del interesado, el Tribunal Constitucional señala que “(...) es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestas ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada *defensa obstrucionista* (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional)”. Finalmente, en cuanto a la conducta de las autoridades judiciales indica “(...) que será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tratado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serán especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la

(46) Sentencia de fecha 21 de enero de 2005 y publicada el 4 de abril del mismo año.

(47) Sentencia de fecha 12 de noviembre de 1997.

tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (caso Clooth, párrafo 45)”.

En ese orden de ideas, en el marco de lo que se conoce como un hábeas corpus traslativo, habrán ocasiones en las que se hará necesario recabar medios probatorios adicionales a las resoluciones judiciales y otro documentos oficiales, como las declaraciones testimoniales de las partes y demás agentes o sujetos cuya conducta pueda haber incidido en la continuación de la privación de la libertad personal.

e. El hábeas corpus correctivo y la necesidad de acreditar la violación del derecho a la integridad personal

El hábeas corpus correctivo es aquel que procede ante la amenaza o violación del derecho a la vida o la integridad de las personas. De esta forma, constituye una importante herramienta a disposición de los detenidos, reclusos u otras personas que se encuentran en una relación de especial sujeción en establecimientos públicos o privados y que no deben ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes, conforme lo destacan también los incisos 1 y 17 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional, referidos a los derechos a la integridad personal y a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones; así como al derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

En el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽⁴⁸⁾ el Tribunal Constitucional estableció que la modalidad de hábeas corpus correctivo “(...) es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por

(48) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena". En el mismo caso, agregó que "[e]s también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraría restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados".

En el caso Alejandro Rodríguez Medrano (Expediente N° 0726-2002-HC/TC)⁽⁴⁹⁾ el Tribunal Constitucional reconoció que "(...) mediante este remedio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que esta se haya decretado judicialmente". Es más, agregó en el mismo caso que "ese ha sido el criterio con el que este Tribunal ha venido considerando los alcances del hábeas corpus (cf. las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 0318-1996-HC/TC y 0590-2001-HC/TC): en efecto, está dentro del ámbito de su protección evaluar la constitucionalidad de las condiciones en que se desarrolla la detención preventiva ordenada por el juez, pues en estos casos debe observarse que la medida cautelar en cuestión se realice de conformidad con los principios y valores constitucionales y, muy singularmente, con el derecho de dignidad de la persona, y los principios de razonabilidad y proporcionalidad".

Al igual que en el caso del hábeas corpus reparador, el juez constitucional podrá constituirse en el lugar de los hechos y, verificada la violación de la integridad personal, ordenar *in situ* las medidas que resulten favorables para el agraviado y así evitar que continúe siendo objeto de lesiones. En ese sentido, debe dejar tan solo constancia de los hechos en el acta correspondiente y no será necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que dé cumplimiento de la resolución judicial respectiva.

Existen una serie de medidas que si bien pueden adoptarse contra una persona que se encuentra privada de su libertad, dependiendo del caso podrían configurarse en actos violatorios de la integridad

(49) Sentencia con fecha 21 de junio de 2002 y publicada el 29 de agosto del mismo año.

personal. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido en el caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos (Expediente N° 00010-2002-AI/TC)⁽⁵⁰⁾ sobre el aislamiento e incomunicación que “[d]icho trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación incommensurable en la psíquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional”.

Sobre la base de lo expuesto, para acreditar la violación del derecho a la integridad personal el demandante puede adjuntar los informes o certificados médicos que den cuenta de las lesiones de la que es objeto, lo cual, desde luego, no excluye la obligación del juez de recabar otros medios probatorios producto de una investigación sumaria como son las declaraciones testimoniales y a personarse al lugar para constatar la acusada vulneración y la responsabilidad del presunto agresor. Así por ejemplo, en el célebre caso Abimael Guzmán Reynoso y Elena Iparraguirre Revoredo (Expediente N° 935-2002-HC/TC)⁽⁵¹⁾ el Tribunal Constitucional dispuso que “[d]el análisis de la investigación sumaria realizada para constatar *in situ* las reales condiciones de reclusión de los beneficiarios, así como del examen integral de las declaraciones y los recaudos aportados por las partes, se desprende que las gravosas condiciones de reclusión que se denuncian no han sido comprobadas. Antes bien, se ha verificado que los beneficiarios cumplen reclusión en condiciones permisivas de comunicación, salubridad e higiene, y que cuentan con atención médica periódica, acceso a servicios de recreación, estudio y trabajo y prestación diaria de alimentos”.

Añadiendo luego en el fundamento 3 de su sentencia que “[d]e acuerdo con lo señalado por este Tribunal Constitucional en su resolución de fecha veintidós de junio de dos mil uno (Expediente N° 0590-2001-HC/TC), teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión formulada por los promotores de la acción, el asunto de autos configuraba

(50) Sentencia de fecha 3 de enero de 2003.

(51) Sentencia con fecha 20 de junio de 2002 y publicada el 12 de setiembre del mismo año.

un caso típico de hábeas corpus correctivo, en la medida en que los hechos denunciados se referían a una supuesta amenaza o acto lesivo a la vida, la integridad física y psicológica o al derecho a la salud de los beneficiarios, internos en el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao, hechos que no han sido comprobados, sino, por el contrario, se ha demostrado la falsedad de lo alegado conforme a la situación descrita en los fundamentos anteriores, por lo que esta acción de garantía debe ser desestimada”.

Por otro lado, en el caso Alexander Ezequiel Peralta Oter (Expediente N° 04383-2009-PHC/TC)⁽⁵²⁾ se interpone la demanda atendiendo a que el agraviado supuestamente se encontraba incomunicado de manera arbitraria en el Penal de Piedras Gordas, en donde venía cumpliendo condena, y esto se habría debido a su solicitud de traslado al régimen correspondiente a la etapa B del tratamiento penitenciario. El juez que conoció la demanda se apersonó a las instalaciones del establecimiento penal y observó que el favorecido se encontraba en el Pabellón 2, gozando de buen estado de salud. Asimismo, al entrevistarse con el presunto agraviado, este le manifestó que “(...) efectivamente estuvo sancionado durante cuarenta días, desde el 24 de marzo al 7 de mayo, en la celda denominada ‘El hueco’ y expresa que habría sido sancionado ‘(...) por un supuesto celular’ (sic). Asimismo refirió que nunca se encontró incomunicado”. En ese orden de ideas, al comprobar el juez que el acto lesivo acusado había cesado antes de que se presente la demanda, la declaró improcedente.

En el caso Reyna Nayvi Barbarán García (Expediente N° 05921-2009-PHC/TC)⁽⁵³⁾ se interpone la demanda de hábeas corpus con el objeto de que cesen las agresiones y amenazas a la integridad personal de una señora y sus dos menores hijos por otra mujer que habita en el edificio en donde residen. No obstante, a partir de las constataciones policiales se dedujo que no había flagrancia ni tampoco indicios suficientes para acreditar el acto que se cuestionaba. Igualmente, del pedido de garantías efectuado por la agraviada y que obraba en autos se constató que, en rigor, obedecían a un altercado de vecindario

(52) Sentencia de fecha 4 de marzo de 2010 y publicada el 31 del mismo mes y año.

(53) Sentencia de fecha 18 de marzo de 2010 y publicada el 16 de abril del mismo año.

motivado por reclamos ante la negativa de pagar la cuota del recibo de luz, de lo que no se desprendía una agresión a la vida e integridad de la recurrente.

Asimismo, durante el trámite del proceso, la demandante sostuvo que la presunta agresora le impedía disfrutar de la azotea del edificio y que había colocado unas rejillas de fierro a la llave que alimenta de agua el tanque del edificio. Para estos efectos, presentó como medios probatorios cuatro fotografías de dicho tanque y una copia certificada de la constancia policial, en la cual se comprobaba la existencia de la rejilla y el candado mencionados que impedían la alimentación de agua del tanque al lavadero común y a la lavadora de la agraviada. Sin embargo, de dichas instrumentales no se infería la presunta violación a la integridad personal. Por su parte, la demandada presentó una copia de la ocurrencia policial para demostrar la protección ordenada por un fiscal hacia los hijos de la demandante por agresiones paternas, en concreto del conviviente de su conviviente. En ese sentido, el juez constitucional terminó desestimando la demanda por considerar, entre otras cosas, que la demandante estaba inmersa en un proceso de violencia familiar que se tramitaba ante otra instancia, no sin dejar de comunicar los hechos del expediente a la autoridad que veía este caso para que pueda decidir mejor.

En el caso Roberto Carlos Echinoza Córdova (Expediente N° 04621-2009-PHC/TC)⁽⁵⁴⁾, el recurrente sostenía que había sido objeto de amenazas y maltratos con el fin de autoinculparse; sin embargo, si bien el certificado médico aportado como medio probatorio indicaba que había sufrido lesiones, de dicho documento no se pudo concluir que los responsables de esas lesiones sean los policías que lo detuvieron y contra los cuales dirigió su demanda, máxime si los daños de los que daba cuenta el referido certificado no coincidían con la declaración jurada de un oficial de la Policía que presenció el acto de agresión y que obraba en el expediente.

Conforme se ha podido apreciar, en el marco de un hábeas corpus correctivo, atendiendo a que está de por medio la violación del derecho a la integridad personal, es preciso adjuntar el certificado médico

(54) Sentencia de fecha 12 de marzo de 2010 y publicada el 16 de abril del mismo año.

que dé cuenta de las lesiones de las cuales se dice ser objeto, sin perjuicio de adicionar fotografías en el caso de afectación de la integridad física. Desde luego, como del certificado médico no necesariamente derivará la responsabilidad del presunto agresor, en ocasiones será necesario recabar otras instrumentales como declaraciones testimoniales, copias de denuncias policiales, las cuales, sumadas a otros medios probatorios que pueda recabar el juez al momento de apersonarse al lugar de los hechos, le permitirán mejor resolver.

f. El hábeas corpus innovativo y la necesidad de acreditar la existencia del acto lesivo o el daño al momento de la interposición de la demanda

El hábeas corpus innovativo tiene lugar cuando luego de interpuesta la demanda el acto lesivo cesa o el daño se torna en irreparable, recayendo, por lo tanto, en el juez constitucional, y luego de haber comprobado la presencia del acto lesivo o el daño, la obligación de declararla fundada⁽⁵⁵⁾ y ordenarle al agresor que no vuelva a incurrir en aquellas acciones u omisiones en perjuicio del agraviado; tal como ordena el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ya desde hace buen tiempo reconoció la importancia de pronunciarse sobre la existencia del acto lesivo, independientemente de que hubiera operado la sustracción de la materia. Así, en el caso Oswaldo Torres Segura (Expediente N° 0125-2001-HC/TC)⁽⁵⁶⁾ señaló que “(...) aun cuando en el presente proceso ha operado la sustracción de la materia, toda vez que al día siguiente de su detención, el beneficiario fue puesto a disposición de la Fiscalía de Familia, es indispensable que, sin perjuicio de que no se pueda cumplir con la finalidad restitutoria del derecho conculado, de conformidad con el artículo 1 de la Ley N° 23506, se declare en sede jurisdiccional si la detención oportunamente cuestionada constituyó o no una detención arbitraria, a efectos, primero, de habilitar la aplicación del artículo 11 de la precitada ley, y, segundo, de que este Tribunal Constitucional, en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución, establezca a

(55) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Constitución y Política*. Eddili, Lima, 1991, p. 148.

(56) Sentencia de fecha 20 de abril de 2001 y publicada el 3 de agosto del mismo año.

través de su jurisprudencia qué actos son lesivos al derecho a la libertad y qué actos no lo son, con la finalidad de que las instancias judiciales iniciales tengan que resolver las causas con estricta observancia de lo resuelto por el Tribunal en casos análogos”.

Por su parte, en el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽⁵⁷⁾ tuvo oportunidad de precisar que el hábeas corpus innovativo “[p]rocede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante”.

En ese sentido, conforme se puede apreciar, bajo el esquema de un hábeas corpus innovativo la carga probatoria debe estar dirigida a acreditarse o demostrar que al momento en que la demanda fue interpuesta existía acto lesivo o daño respecto del cual el juez, de haber obrado de manera más inmediata, hubiera podido pronunciarse. Es precisamente por esta razón que el artículo 1 del Código Procesal Constitucional dispone que en estos casos corresponde declarar fundada la demanda.

Así por ejemplo, en el caso Wilmer Baquedano Valderrama (Expediente N° 478-2001-HC/TC)⁽⁵⁸⁾, el Tribunal Constitucional, sobre la base de los medios probatorios actuados, concluyó que “(...) antes de interponerse la demanda de hábeas corpus, el emplazado prorrogó por quince meses el plazo de detención del recurrente, no bien asumió competencia del proceso, y de acuerdo con las formalidades que exige el artículo 137 del Código Procesal Penal, por lo que resulta de aplicación el inciso 1) del artículo 6 de la Ley N° 23506, al haberse producido la sustracción de la materia justiciable”.

Igualmente, en el caso Emilio Roberto Jhon Eyzaguirre (Expediente N° 176-95-HC/TC)⁽⁵⁹⁾ nuestro Supremo Intérprete de la Constitución dispuso que “(...) los hechos de violación de derechos fundamentales que se imputan al demandado cesaron antes de interponerse la

(57) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

(58) Sentencia de fecha 14 de junio de 2001 y publicada el 30 de abril de 2002.

(59) Sentencia de fecha 7 de agosto de 1995 y publicada el 28 de agosto de 1996.

acción de hábeas corpus, por lo que no pueden reponerse a la situación existente antes de esa interposición (...)".

g. El hábeas corpus instructivo y la necesidad de acreditar la violación del derecho a no ser objeto de desaparición forzada

A través de esta modalidad de hábeas corpus se busca proteger el derecho de toda persona a no ser objeto de desaparición forzada, reconocido por cierto en el inciso 14 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional. En estos casos, el juez además de dirigir sus esfuerzos a ubicar a la persona detenida-desaparecida, deberá intentar identificar a los responsables de dicha conducta delictiva a fin de que sean procesados y sancionados penalmente por la vía ordinaria.

En el caso Genaro Villegas Namuche (Expediente N° 2488-2002-HC/TC)⁽⁶⁰⁾ el Tribunal Constitucional reconoció que “[e]n el caso de autos, estamos ante lo que doctrinariamente se ha definido como hábeas corpus instructivo, en el cual, el juez constitucional ‘a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria, en base al artículo 11 de la Ley N° 23506’ [Landa Arroyo, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, p. 117]. Esa deberá ser la labor que realice el juez del hábeas corpus al llevar a cabo la investigación sumaria que dispone la Ley N° 23506, cuando se trate de un caso de desaparición forzada”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽⁶¹⁾ estableció que el hábeas corpus de tipo instructivo podría ser utilizado “(...) cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no solo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición”.

(60) Sentencia con fecha 18 de marzo de 2004 y publicada el 22 de marzo del mismo año.

(61) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

En lo que se refiere a la actividad probatoria en el marco de un hábeas corpus instructivo, conviene advertir que el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que precisamente la falta de una etapa probatoria dificulta en enorme medida alcanzar el fin para el cual está previsto. En efecto, conforme ha señalado en la sentencia recaída en el caso Genaro Villegas Namuche, antes mencionada:

“No obstante, dada la carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales, el que se tramita será poco eficaz para lograr la identificación de los responsables y la consiguiente ubicación de la víctima o sus restos, por lo que no se podrá dispensar en esta vía una tutela en los términos en los que se ha solicitado; sin embargo, sí cabe disponer que el o los órganos competentes inicien y culminen las investigaciones necesarias destinadas a brindar la imperiosa información requerida”.

En ese orden de ideas, como se sabe, el Código Procesal Constitucional ha previsto un trámite especial para la demanda de un hábeas corpus instructivo en su artículo 32. Así, sin perjuicio del trámite ordinario que se sigue cuando se está ante una demanda de este proceso constitucional, si la autoridad, funcionario o persona demandada no brinda los elementos de juicio satisfactorios sobre el paradero o destino de la persona detenida-desaparecida, el juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan a su hallazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces del distrito judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida para que las practiquen. Asimismo, el juez dará aviso de la demanda de hábeas corpus al Ministerio Público para que lleve a cabo las investigaciones correspondientes.

En caso de que la agresión se impute a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado.

h. El hábeas corpus conexo y la necesidad de acreditar la “conexidad” entre el derecho invocado y la libertad personal, con referencia a los casos de hábeas corpus contra resoluciones judiciales

El hábeas corpus conexo, como su nombre lo indica, es aquel que procede en defensa de aquellos derechos constitucionalmente protegidos considerados *conexos* al derecho a la libertad personal. Como bien ha tenido oportunidad de precisar el propio Tribunal Constitucional peruano en el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽⁶²⁾, el hábeas corpus conexo “[c]abe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra él o la cónyuge, etc. Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con este. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3 de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados”.

A este respecto es importante tener presente que de acuerdo con lo expresado por el mismo colegiado en el caso María Melania Samillan Alache (Expediente N° 00199-2010-PHC/TC)⁽⁶³⁾, “[l]a conexidad, por ende, no puede ser vista de manera abstracta entre los derechos fundamentales, sino de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso”. Así, por ejemplo, en el caso Luciano López Flores (Expediente N° 01860-2009-PHC/TC)⁽⁶⁴⁾, el demandante mediante una serie de escritos y piezas procesales (cédulas de notificación, actas de audiencias públicas, entre otros) del proceso de extradición que se seguía en su contra consiguió acreditar que la Sala emplazada el 27 de junio de 2008 no solo instaló la Audiencia de Extradición Pasiva

(62) Sentencia de fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

(63) Sentencia de fecha 5 de abril de 2010 y publicada el 16 del mismo mes y año.

(64) Sentencia de fecha 30 de marzo de 2010 y publicada el 16 de abril del mismo año.

solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica en contra del recurrente por el delito de violación sexual en agravio de un menor, dándola por concluida sin la presencia del Fiscal Supremo ni de la abogada defensora del extraditable; sino que ese mismo día declaró procedente la extradición pasiva instaurada contra el accionante. En ese sentido, el Colegiado concluyó lo siguiente:

“(...) la defensa letrada no se agota en la designación de cualquier abogado defensor, sino que debe ser una defensa efectiva, lo que no ha sucedido en el caso de autos, pues como ya se ha precisado la defensora de oficio no se presentó a la audiencia de extradición y la Sala demandada dictó la resolución cuestionada el mismo día de la celebración de dicha audiencia, pese a que, pudo considerar la realización de una nueva audiencia de extradición a fin de que el favorecido tuviese la oportunidad de contar con una defensa letrada, sea esta electa u oficiosa, que tutele adecuadamente sus derechos en dicho proceso”.

En casos como el César Isaac Cantara Jara (Expediente N° 06006-2009-PHC/TC)⁽⁶⁵⁾ o el Josué Adiel Cierto Sudario (Expediente N° 06004-2009-PHC/TC)⁽⁶⁶⁾, el Tribunal Constitucional sobre la base de la declaración del recurrente en la División de Operaciones Tácticas Antidrogas que obraba en el expediente, comprobó que durante dicha diligencia se contó con abogado defensor de oficio y estuvo presente el representante del Ministerio Público. Asimismo, a partir de las copias de las actas de las audiencias públicas, concluyó que el recurrente contó con la defensa de un abogado de oficio, razón por la cual no se violó el derecho a la defensa letrada.

En el caso Víctor Pablo Aliaga González (Expediente N° 01999-2009-PHC/TC)⁽⁶⁷⁾, el juez constitucional desestimó la demanda dirigida contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil por la cancelación de su inscripción, lo que, a criterio del recurrente, violaba su derecho reconocido en el inciso 10) del artículo 25 del Código Procesal

(65) Sentencia de fecha 24 de marzo de 2010 y publicada el 7 de abril del mismo año.

(66) Sentencia de fecha 24 de marzo de 2010 y publicada el 31 de ese mismo mes y año.

(67) Sentencia de fecha 6 de abril de 2010 y publicada el 12 del mismo mes y año.

Constitucional, en virtud de que a partir de los medios probatorios obrantes en el expediente se acreditó que, en rigor, el recurrente contaba con dos inscripciones, pero con datos falsos. En efecto, según da cuenta la sentencia del Colegiado, “(...) en la Inscripción N° 33588300, se consignó que el favorecido nació el 27 de mayo de 1971 en la provincia de San Marcos (Cajamarca); y en la Inscripción N° 33590355, que nació el 5 de octubre de 1969 en el distrito de José Sabogal, provincia de San Marcos (Cajamarca); cuando en realidad el favorecido nació el 27 de setiembre de 1968, conforme al Acta de Nacimiento N° 1235, expedida por la Oficina de Registro Civil de la Municipalidad Provincial de San Marcos (Cajamarca), que fuera remitida a la Oficina de Habilitaciones y Cancelaciones del Registro mediante Oficio N° 058-2008-OREC.MPSM (fojas 116-117)”.

En materia de hábeas corpus contra resoluciones judiciales, como se sabe y precisamente en la misma línea de lo que se ha sostenido, la resolución judicial que se considere lesiva al debido proceso debe tener también implicancias en la libertad personal, pues de lo contrario no existe la aludida conexidad. Así por ejemplo, en el caso Marcos José Arbirio Lecca (Expediente N° 0141-2010-PHC/TC)⁽⁶⁸⁾ el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda debido a que si bien “(...) puede pronunciarse sobre la eventual vulneración de los derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales y a la defensa, ello ha de ser posible siempre que exista conexión entre los derechos invocados y el derecho fundamental a la libertad individual”. En tal sentido, en el caso específico “(...) si bien mediante el Auto de Apertura de Instrucción de fecha 13 de marzo de 2009, se dictó contra el recurrente mandato de comparecencia restringida, esta medida fue variada, conforme se aprecia a fojas 90 de autos, habiéndose dictado, por Resolución de fecha 29 de setiembre de 2009, mandato de comparecencia simple; es decir, que ya no se tiene incidencia directa sobre la libertad personal del recurrente, esto es, no se determina restricción o limitación alguna al derecho a la libertad individual (...)”.

(68) Sentencia de fecha 24 de marzo de 2010 y publicada el 16 de abril del mismo año.

En el mismo sentido, en el caso Dina Otilia Chahuares Arpazi (Expediente N° 00366-2010-PHC/TC)⁽⁶⁹⁾, el Tribunal Constitucional sostuvo que “(...) si bien dentro de un proceso constitucional de la libertad como es el hábeas corpus, este Tribunal puede pronunciarse sobre la eventual vulneración al debido proceso, ello ocurrirá siempre que exista conexidad con el derecho fundamental a la libertad individual, de modo que la afectación al derecho constitucional conexo incida también negativamente en la libertad individual; supuesto de hecho que en el caso constitucional de autos no se presenta, pues se advierte de la resolución cuestionada de fecha 25 de setiembre de 2009 (a fojas 117 de autos), que declara infundado el pedido de nulidad del auto de procedencia del juicio oral, no tiene incidencia directa sobre su derecho a la libertad personal ni constituye una amenaza a dicho derecho (...)”⁽⁷⁰⁾.

Asimismo, no olvidemos que salvo algunos casos muy puntuales expresamente señalados por el Tribunal Constitucional⁽⁷¹⁾, en el supuesto del hábeas corpus contra resoluciones judiciales se hace necesario acreditar la firmeza de la resolución que se cuestiona, si se va a invocar alguna de estas excepciones, se deberá demostrar que se está inmerso en alguno de los supuestos que lo permiten. En ese orden de ideas, no son pocos los casos en los que a partir de los actuados (resolución judicial, otras piezas procesales del expediente que viene tramitando en sede judicial ordinaria, entre otros), el juez constitucional ha sido de la opinión que no se ha cumplido con el requisito de firmeza antes mencionado. En ese sentido, pueden revisarse los casos

(69) Sentencia de fecha 25 de marzo de 2010 y publicada el 13 de abril del mismo año.

(70) Véase en sentido similar los casos Fernando Melciades Zevallos González (Expediente N° 4052-2007-PHC/TC); Miguel Ángel Méndez Mautua (Expediente N° 04121-2007-PHC/TC); Yrma Vargas Cachique (Expediente N° 0195-2008-PHC/TC); entre otros.

(71) Recordemos que el Tribunal Constitucional en el caso Leonel Richi Villa de la Cruz (Expediente N° 4107-2004-HC/TC) estableció ciertas circunstancias que permitirían exceptuarse de la naturaleza firme de la resolución judicial para efectos de ser posible cuestionarla a través del hábeas corpus. En ese sentido, aplicando análogamente las excepciones que respecto al agotamiento de los recursos internos contiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la jurisprudencia que sobre este tema ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que no es exigible la existencia de una resolución firme en los siguientes casos:

- a) Que no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que depara el proceso judicial de la materia;
- b) Que haya retardo injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso;
- c) Que por el agotamiento de los recursos pudiera convertirse en irreparable la agresión;
- d) Que no se resuelvan los recursos en los plazos fijados para su resolución.

Rubén Muñoz Pérez (Expediente N° 00458-2010-PHC/TC)⁽⁷²⁾; Quintín Fidel Aragón Castelo (Expediente N° 00384-2010-PHC/TC)⁽⁷³⁾; Neyler Rivera Mori (Expediente N° 0048-2010-PHC/TC)⁽⁷⁴⁾; Carlos Arturo Santiago Valdez (Expediente N° 05188-2009-PHC/TC)⁽⁷⁵⁾; Otto Luis Chacaltana Fajardo (Expediente N° 05837-2009-PHC/TC)⁽⁷⁶⁾; entre otros.

Conforme puede apreciarse en el hábeas corpus conexo, un primer elemento importante a demostrar es esa relación de conexidad del derecho que se invoca con la libertad personal, pues, en caso contrario, la demanda será improcedente. Para estos efectos, se pueden hacer uso de todos los medios probatorios que hemos observado en los tipos de hábeas corpus revisados anteriormente, es decir, actas o diligencias de constatación, piezas procesales, resoluciones judiciales o administrativas, fotografías, declaraciones testimoniales, entre otros. Eso sí, y como también ha quedado demostrado, en materia de hábeas corpus contra resoluciones judiciales, además de la aludida conexidad se torna necesario acreditar el carácter firme de la resolución que se considera lesiva, esto es, que se han agotado los recursos o medios impugnatorios que se tenía a disposición al interior de ese proceso para revertir los efectos de la decisión que se considera desfavorable. No obstante, el Tribunal Constitucional ha admitido algunos supuestos que permitirían exceptuarse de este requisito. Sin embargo, y como no podía ser de otra manera, su invocación traerá aparejada la obligación de probar su ocurrencia en la realidad.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL IMPORTANTE ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA CONDUCCIÓN DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, A PROPÓSITO DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD PROBATORIA EN EL HÁBEAS CORPUS

Conforme se ha podido apreciar, en atención a la naturaleza de la controversia que se ventila en el seno de un proceso constitucional de

(72) Sentencia de fecha 31 de marzo de 2010 y publicada el 16 de abril del mismo año.

(73) Sentencia de fecha 24 de marzo de 2010 y publicada el 16 de abril del mismo año.

(74) Sentencia de fecha 24 de marzo de 2010 y publicada el 16 de abril del mismo año.

(75) Sentencia de fecha 17 de diciembre de 2009 y publicada el 7 de abril de 2010.

(76) Sentencia de fecha 4 de marzo de 2010 y publicada el 6 de abril de 2010.

la libertad y su carácter urgente, el Código Procesal Constitucional, siguiendo la legislación que le precedía y en sintonía con la tendencia comparada, ha optado por un esquema restrictivo para el ejercicio de la denominada *libertad probatoria*. En ese sentido, no solo no hay etapa probatoria sino que, como consecuencia de ello, los medios probatorios que se pueden presentar para acreditar cuanto se afirma en la demanda o en la contestación no deben requerir actuación, lo cual los circunscribe a documentos y/o pruebas instrumentales.

No obstante, no hay que perder de vista que el propio Código Procesal Constitucional le reconoce al juez un margen de acción muy importante a este respecto, pues, en aplicación del principio de dirección judicial del proceso se encuentra habilitado a ordenar la actuación de los medios probatorios que considere indispensables, siempre que no afecte la duración del proceso y sin notificación previa. ¿Con qué fin u objeto el juez ordenaría la actuación de otros medios probatorios? Para la tutela del derecho fundamental cuya amenaza o violación se viene cuestionando.

En efecto, si partimos del hecho de que el fin de los procesos constitucionales –en el marco además de un Estado constitucional– es garantizar la vigencia efectiva de la Constitución y de los derechos fundamentales, la lectura que cabría hacer del régimen normativo previsto en el Código Procesal Constitucional para el ejercicio del derecho a probar no puede ser otra que bajo el principio de razonabilidad. Desde esta perspectiva, si bien en un primer momento solo cabe presentar determinados tipos de prueba en el seno de un proceso constitucional, la sujeción a dicha restricción dependerá de su utilidad, necesidad y proporcionalidad para alcanzar el objeto del proceso constitucional de que se trate. De ahí que se considere válido que el juez constitucional, como principal garante de los derechos fundamentales y del respeto a la jerarquía normativa de la Constitución, pueda ordenar la actuación de aquellos medios probatorios reputados indispensables para alcanzar la tutela que tanto se reclama. No obstante, y como no podía ser de otra manera, si de lo que estamos hablando es de la protección de los derechos fundamentales, el juez siempre deberá ponderar su actuación y las decisiones que tome con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos cuya vigencia efectiva también debe cautelar, entre ellos, el derecho a que el proceso dure un plazo razonable.

Es por eso que, conforme se ha visto, sobre la prueba en el marco de un hábeas corpus ha quedado en evidencia cómo el Código Procesal Constitucional habilita al juez a realizar aquellas diligencias que le permitan recabar medios probatorios adicionales a los presentados por quien demanda y quien se ve demandado, y así mejor resolver. En ese sentido, en ocasiones la insuficiencia de las pruebas documentales aportadas, se podrá ver mitigada o superada con la realización de verificaciones, declaraciones testimoniales, pedidos de informes y audiencias, obviamente bajo la orden y la supervisión del juez constitucional; eso sí, sin perder de vista las singularidades de un proceso como este, que destaca por su corta duración y por la prontitud y urgencia con que se requiere la decisión judicial para proteger los derechos fundamentales que caen en su ámbito de acción, que son nada menos la libertad personal, la vida, la integridad personal y otros derechos conexos. Menuda responsabilidad entonces la que recae en el juez constitucional conocedor del hábeas corpus.

Capítulo

2

La prueba en el proceso de amparo

Sobre la prueba en el proceso de amparo

Felipe Johan LEÓN FLORIÁN^(*)

El autor desarrolla los alcances generales de la prueba en el proceso de amparo, tras analizar algunos elementos sobre la justicia de las decisiones en el modelo de Estado Constitucional de Derecho. Así, tras destacar la naturaleza urgente del amparo, aborda algunos aspectos relevantes de la prueba en este proceso, entre los que cuentan, el poder probatorio que tiene el juez en este proceso, con especial énfasis en la protección de los derechos sociales; para, finalmente, desarrollar lo vinculado a la carga de la prueba.

I. DELIMITACIÓN METODOLÓGICA

El tema que corresponde a este ensayo carece aún de un tratamiento, al mismo tiempo, detallado y global. Y ello, como veremos, representa un importante déficit en una teoría procesal constitucionalmente adecuada del amparo. No obstante, existe un renovado interés en la doctrina por la determinación de los hechos en el proceso judicial, interés que viene de la mano, entre otras cosas, del fecundo terreno de la *argumentación*; y no empiece a existir cada vez más conciencia de la importancia de una *evaluación empírica* de las premisas que sustentan la argumentación constitucional, el estudio y examen crítico acerca de la producción y valoración de la prueba en los procesos

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Integrante de “Constitucionalismo Crítico”.

constitucionales en general, y el amparo en particular es bastante escaso y la mayor cantidad de las veces superficial.

La razón de esta ausencia de desarrollo teórico quizás radique en el entendimiento muy extendido y acrítico según el cual los procesos constitucionales son sobre todo procesos de *Derecho*, donde la discusión principal se centra en la interpretación y alcances de los derechos fundamentales, siendo la probanza de los hechos una cuestión meramente accesoria. Esta concepción de los procesos constitucionales se ve plasmada en muchos ordenamientos procesales por medio de escuetas fórmulas legales que hacen apenas alusión a la prueba. En nuestro país, por ejemplo, y para lo que aquí interesa, el Código Procesal Constitucional ha regulado el tema de la prueba en el amparo en un único artículo (artículo 9), en el que solo se hace referencia a la ausencia de etapa probatoria y se establece que los únicos medios probatorios admisibles son aquellos que no retarden el trámite urgente de este proceso.

En las líneas que siguen intentaremos ir a contracorriente de esta asentada concepción doctrinaria, poniendo de relieve no solo la importancia de la determinación certera de los hechos y la trascendente función de la prueba en el amparo, sino también procurando llevar a cabo un análisis crítico de algunos lugares comunes sobre la actuación probatoria en este proceso constitucional. Para ello seguiremos las señas introducidas por una cierta comprensión contemporánea de la prueba de los hechos en los procesos judiciales, fomentada sobre todo desde teorías de la argumentación y de la *decisión justa* que reseñaremos en los primeros apartados. También nos basaremos en los alcances cada vez más acentuados que ha tenido la introducción del *test de proporcionalidad* como metodología para la resolución de controversias jurídicas sobre derechos fundamentales y que ha planteado la problemática de una evaluación racional y, en determinadas ocasiones, exigente de las premisas fácticas que sustentan la intervención en dichos derechos.

De este modo, en un primer acápite haremos una breve referencia al *modelo* de proceso justo en el cual se va a sustentar tanto el enfoque teórico sobre la prueba desarrollado en este trabajo, como la evaluación detallada de algunos supuestos de la actuación probatoria en el amparo. El referido modelo de proceso justo tratará de enmarcarse, por lo demás, en una cierta tendencia presente en el Estado constitucional contemporáneo, donde las decisiones y actuaciones del poder público y privado deben ajustarse a un cierto *ideal regulativo* de justicia,

constituido básicamente por la razonabilidad de las decisiones y por el encaje de ellas con ciertos valores y principios constitucionales.

En un segundo apartado abordaremos la importancia concreta que tiene la determinación de los hechos en dicho modelo de proceso justo. Aquí se trazará muy sucintamente un cuadro de la evolución que ha sufrido la determinación probatoria en los procesos judiciales, desde modelos más *irracionales* y *mágicos* hasta formas cada vez más elaboradas de *racionalidad empírica* que tratan de superar un cierto escepticismo en la *verdad* producida en el proceso. Este breve cuadro evolutivo nos permitirá apreciar, por lo demás, los principios fundamentales que hoy inspiran la actuación probatoria en cualquier proceso judicial, a efectos de poder examinar luego las peculiaridades probatorias presentes en el proceso de amparo.

Entre los aspectos específicos que se estudiarán sobre la temática de la prueba en el amparo, figura, en primer lugar, la consabida y aparente contradicción lógica entre el amparo como proceso de *tutela urgente* y la habilitación de actuaciones probatorias, necesarias para descubrir la verdad de los hechos, pero onerosas de cara a la rapidez y summariedad de este proceso constitucional. Partiendo de la comprensión realizada en este extremo, se analizará en el siguiente ítem la recurrida alusión jurisprudencial al artículo 9 del Código Procesal Constitucional como causal de improcedencia del amparo. En ambos puntos se tratará de responder a la pregunta, frecuente por cierto en el ámbito de la praxis jurisprudencial, de si procede y en qué casos actuar pruebas en el amparo y cuándo, más bien, es adecuado y correcto declarar la improcedencia por falta de estación probatoria. Conectado con ambos temas se encuentra el regodeado problema de los poderes probatorios del juez en el proceso. Veremos, en este punto, qué importancia puede tener esta facultad probatoria en el amparo, sobre todo respecto a la necesidad de un cierto activismo judicial en la solución de controversias que tienen que ver con derechos sociales, donde la cuestión probatoria puede alcanzar una posición estelar. Finalmente, analizaremos el tema de la carga probatoria en el amparo, atribuido sin más al demandante, pero que requiere un análisis más detenido, dada la exigencia general de justificación (y, por lo tanto, de carga de argumentación y de prueba) que, desde el principio de proporcionalidad antes aludido, pesa sobre todo ente estatal que interviene en el disfrute y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

II. EL PARADIGMA DE UN MODELO CONSTITUCIONAL DE DECISIONES JUSTAS

En las discusiones contemporáneas sobre filosofía política y filosofía del Derecho el tema de la justicia ha adquirido un lugar preponderante. Baste recordar solo la pretensión de John Rawls de construir una teoría que dé cuenta de los *principios básicos* que deben gobernar una sociedad “bien ordenada” y “justa”⁽¹⁾. A discutir la validez de dicha pretensión y los matices que se pueden introducir en ella se ha dedicado gran parte de la filosofía política desde la publicación de la famosa obra de Rawls, *Teoría de la justicia*⁽²⁾. Solo para demostrar que dicha discusión no ha menguado y continúa vigente, puede citarse la reciente publicación del libro de Amartya Sen, *Idea de la justicia*, donde se examinan y critican algunas consideraciones hechas por Rawls y se amplía el marco de comprensión sobre los materiales que debe incluir una idea de justicia en la sociedad contemporánea, a partir de un enfoque específico sobre la *libertad*⁽³⁾.

En el terreno de la filosofía del Derecho es conocida también la introducción de un marco de referencia para la evaluación de la validez del Derecho, basado en la justicia, a partir de la famosa fórmula Radbruch, según la cual “la *injusticia extrema* no es Derecho”. El contexto en el que fue expuesta esta máxima por el filósofo alemán no podía ser más revelador. En el año 1946, y teniendo a la vista los horrendos crímenes perpetrados por los dirigentes nazis, Gustav Radbruch, que había sostenido hasta ese momento un cierto relativismo valorativo y una teoría positivista del Derecho, diría en elocuentes términos que “si la contradicción entre ley positiva y justicia alcanzaba una medida

(1) Estos principios han sido enunciados en RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González. Segunda edición. Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 67-72.

(2) Una exposición de dichas discusiones puede verse en GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Paidós, Barcelona, 1999; también en AMOR, Claudio (Compilador). *Rawls post Rawls*. Universidad Nacional de Quilmes - Prometeo, Buenos Aires, 2006.

(3) El enfoque de Sen sobre la libertad es ampliamente conocido como el *enfoque de la capacidad*, o de la libertad como *libertad de agencia*. Sobre la exposición de este punto y los demás materiales de la justicia vide SEN, Amartya. *Idea de la justicia*. Traducción de Hernando Valencia Villa. Taurus, Madrid, 2010, pp. 255-347.

tan insoportable, dicha ley debía ceder como “Derecho injusto” ante la justicia”⁽⁴⁾.

La medida exacta de la justicia, sin embargo, es difícil de ser definida. El recurso a la justicia en la filosofía contemporánea, puede decirse en términos muy generales, obedece a un afán de buscar la *corrección* en las instituciones políticas y jurídicas⁽⁵⁾, más allá de la invocación a principios *formales* y *procedimentales* derivados de la autoridad, la ley o la democracia, que se mostraron insuficientes en épocas anteriores y que incluso llegaron a justificar graves vejámenes a la dignidad humana. La pretensión es pues, tratar de recurrir a principios más sustanciales que den una cierta medida de la justicia en distintos ámbitos. Los criterios generales de justicia sustancial, como dice Taruffo, sin embargo, son numerosos⁽⁶⁾. Van desde los propuestos por Aristóteles como justicia distributiva y justicia correctora, hasta criterios basados en dar a cada uno del mismo modo, a cada uno según sus necesidades, a cada uno según sus méritos, entre otros.

En el ámbito de lo jurídico, la apelación a la justicia como criterio de validez de las leyes y actos del poder estatal se ha visto plasmada y materializada, luego de la segunda gran guerra, por medio del *fenómeno constitucionalista* y la revalorización de los derechos fundamentales. Así, el marco de validez de todo el ordenamiento jurídico y la posibilidad de afirmar que este no se sujetaba a una medida insoportable de injusticia, ya que venía de la mano del respeto y apego de dicho orden al conjunto de valores y principios sustanciales que se hallaban inscritos en las constituciones y tratados internacionales sobre derechos humanos que proliferaron en todo el mundo. La incrustación en el sistema jurídico de mecanismos de control jurisdiccional de dichos marcos de validez y

(4) Vide al respecto ALEXY, Robert. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. N° 5, 2001, pp. 75-76. También puede verse de este mismo autor ALEXY, Robert. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”. En: *Doxa. Publicaciones periódicas*. N° 23, 2000, pp. 197-230.

(5) Sobre la pretensión de corrección en el Derecho es ampliamente conocida la tesis de Alexy. Vide ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Prólogo de Manuel Atienza. Palestra, Lima, 2007, p. 297 y ss.

(6) TARUFFO, Michele. “Ideas para una teoría de la decisión justa”. En: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Traducción de Beatriz Quintero. Temis, Bogotá, 2006, p. 199.

sujeción constitucional dieron a este fenómeno otro de sus pilares fundamentales: la vinculación de *todos* los poderes públicos e incluso los privados al contenido normativo de los derechos fundamentales⁽⁷⁾. Por lo demás, la posibilidad de enjuiciar las leyes y actos del poder público y privado en el prisma de los valores y principios constitucionales, supuso la recuperación de la *racionalidad* en el *discurso práctico*, lo que conllevo poder determinar la validez de las intervenciones en los derechos con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En términos amplios podemos decir que el tránsito a una cultura de derechos y respeto a la dignidad de la persona, desencadenó la formación de un nuevo paradigma en el Derecho que ha marcado, de modo determinante, la propia dinámica del Estado y la sociedad. Este paradigma, que en la ciencia jurídica se conoce como el *paradigma constitucionalista*, guarda pues como uno de sus caracteres centrales la adopción, en todo ámbito, de decisiones *lo más justas posibles*. Este ideal regulativo de la “decisión justa” impuesto a todo ente estatal o privado está determinado, como ya se dijo, por el encaje de dicha decisión con los valores constitucionales y la *racionalidad práctica*.

Este marco general de búsqueda de decisiones justas en el Estado constitucional resulta relevante para lo que aquí interesa, pues, en el ámbito del proceso judicial también podemos hablar, como ha explicado Taruffo, de un ideal regulativo de “decisión justa”⁽⁸⁾, lo que finalmente nos va a conducir a la explicitación de un *modelo* de “proceso justo”⁽⁹⁾, el cual va a servir de base teórica para el presente trabajo. Cabe acotar, sin embargo, que el canon de justicia empleado por el profesor italiano y que aquí asumiremos, es un ideal de justicia, en el *mayor grado posible*; esto es, en un nivel de corrección no absoluto, donde pueda arribarse a una única respuesta correcta y justa, sino en un grado de *racionalidad y razonabilidad* lo más elevada posible⁽¹⁰⁾.

(7) Es conocida, en este punto, la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano, según la cual “no hay zonas exentas del control constitucional”. Vide dicho desarrollo en la STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC, caso Lizana Puelles.

(8) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 199 y ss.

(9) TARUFFO, Michele. “Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria”. En: *Páginas sobre justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburu Calle. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 269-271.

(10) TARUFFO, Michele. “Ideas para una teoría de la decisión justa”. Ob. cit., pp. 201-203.

Así, la teoría de la decisión justa en el proceso judicial, supone para Taruffo, la presencia, necesaria y concomitante, de estos tres elementos:

- a) Corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso;
- b) Comprobación confiable de los hechos importantes del caso; y
- c) Empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión⁽¹¹⁾.

En cuanto al primer elemento, que tiene que ver con la definición de la premisa mayor del razonamiento judicial (*quaestio iuris*), solo reiteraremos que la definición de una *regla justa* para resolver el caso concreto ha tenido un gran desarrollo en las últimas décadas, donde la ciencia jurídica ha traspasado los estrechos límites del *positivismo legalista* que consideraba a la norma legal emitida por el parlamento la medida única de una decisión justa. Hoy, como es harto conocido, con los distintos matices existentes, el Derecho ha avanzado hacia una mayor consideración del razonamiento práctico y moral⁽¹²⁾ como marco adecuado para la producción de decisiones justas, y que los jueces tienen no solo el poder, sino también el deber de adoptar en los casos sometidos a su jurisdicción.

Por su parte, en lo atinente a la *quaestio facti*, esto es, a la determinación de los hechos en el proceso, que es el punto central de este trabajo, puede decirse muy sucintamente que el ideal de decisión justa solo puede cumplirse si los enunciados fácticos definidos en la sentencia se corresponden, de modo racional y con un alto grado de probabilidad, visto el material probatorio actuado, con los hechos efectivamente ocurridos en la realidad. Una decisión basada en hechos equivocados, afirma Taruffo, no puede considerarse, en modo alguno, como una decisión justa⁽¹³⁾. Sobre este punto volveremos con más detalle en el siguiente acápite.

(11) Ibídem, p. 203.

(12) Sobre el razonamiento moral como justificación para las decisiones correctas en el Derecho ha hablado ampliamente Ronald Dworkin (Cfr. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Planeta-Agostini, Barcelona, 1993).

(13) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 204.

Finalmente, y conectado también de algún modo con el elemento anterior, una decisión solo puede ser justa si ha sido adoptada respetando determinados principios básicos que rigen el procedimiento, y que se corresponden esencialmente con lo que ampliamente se conoce como las reglas del *debido proceso*⁽¹⁴⁾. Así, por más que la decisión de fondo sea materialmente justa y los hechos declarados se correspondan, con un alto grado de probabilidad, con la realidad, si dicha decisión ha sido tomada sacrificando principios esenciales dentro del proceso, como el contradictorio por ejemplo, la misma no podrá gozar del atributo de justicia aquí expuesto.

III. LA IMPORTANCIA DE LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS EN LA DECISIÓN JUDICIAL

Si la teoría y la dogmática jurídicas han logrado un sofisticado nivel de desarrollo en la elaboración de los métodos apropiados para determinar el derecho aplicable a los casos concretos, así como en la depuración de las reglas necesarias para llevar a cabo un proceso debido, lo mismo no ha ocurrido con la construcción de una metodología adecuada para efectuar una determinación *justa* de los hechos en el proceso. Esta ausencia que, sin embargo, viene siendo superada en los últimos años merced a una preocupación cada vez mayor por la determinación racional de los hechos⁽¹⁵⁾, solo puede ser explicada, como afirma Marina Gascón Abellán, al apreciar las distintas formas de *irracionalidad* que se han presentado en la evolución histórica del proceso⁽¹⁶⁾.

Las líneas de evolución de la irracionalidad presente en la *quaestio facti* pueden apreciarse a través de los modelos de proceso existentes en dos momentos históricos distintos: el *modelo místico y mágico*

(14) Ibídem, pp. 204-205.

(15) Solo a guisa de ejemplo pueden verse los trabajos de TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Marcial Pons, Madrid, 2010; y *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Tercera edición. Trotta, Madrid, 2009; también FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Prólogo de Michele Taruffo. Segunda edición. Marcial Pons, Madrid, 2005; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 1999; GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Prólogo de Luigi Ferrajoli. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

(16) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 7 y ss.

del proceso, inserto en el contexto histórico preilustrado, y el *modelo racional-positivista*, emergido durante y luego de la Ilustración. Dentro de cada uno de estos modelos históricos de proceso se encuentran, a su vez, en el ámbito de la determinación de los hechos, algunos matizos de evolución propia que será preciso referir.

a. El modelo de conocimiento mágico en el proceso

La confirmación en el proceso de unos hechos acaecidos en la realidad, como condición necesaria para atribuir a alguna de las partes la consecuencia jurídica determinada en la norma, no ha sido siempre una obviedad o verdad evidente en el Derecho. Más bien, durante la época anterior al advenimiento del racionalismo y la Ilustración, en un contexto más bien dominado por una concepción *teológica* de la sociedad y el Estado, la búsqueda de la verdad en el proceso era, como ha dicho Marina Gascón, más una experiencia mística, una operación aleatoria derivada a veces de dictámenes sobrenaturales, que un método con algún sustento de racionalidad⁽¹⁷⁾. Esta característica del conocimiento mágico de los hechos en el proceso puede encontrarse claramente graficada en la ordalía o juicio de Dios. Este era un procedimiento donde se *revelaba* el orden oculto del mundo y se definía el destino que debía seguir el inculpado, a través de distintas “pruebas”: caminar sobre brasas incandescentes sin sufrir lesión, recoger una piedra o anillo sumergido en agua hirviendo, encerrar al acusado y al acusador con una fiera y dar la razón al que resulta indemne, etc.⁽¹⁸⁾.

Esta forma irracional de atribución de la culpa estaba muy relacionada, por lo demás, con la ausencia de límites claros entre *delito* y *pecado*, que era también una característica central del Derecho en esta época⁽¹⁹⁾. Así, más que la imputación de una conducta, de un “hecho” ocurrido en la realidad, se condenaba a una persona por una cierta “desviación”

(17) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 9.

(18) Ídem.

(19) Paolo Prodi ha caracterizado, en su importante investigación, la evolución del Derecho como un proceso de unión y separación progresiva del fuero eclesiástico y el fuero secular, determinado por el conflicto entre delito y pecado en la definición de la competencia de cada fuero (cfr. PRODI, Paolo. *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y Derecho*. Traducción de Luciano Padilla López. Katz, Madrid, 2008).

de su comportamiento, por un vicio moral o de carácter, de índole claramente subjetiva y sin ninguna referencia a hechos ocurridos en el mundo exterior. Ello sucedía, por ejemplo, con la punición de determinados tipos penales como la herejía y la magia, a cuyos autores se imputaba una desviación del orden moral y cristiano, y solo indirectamente la aflicción de un daño a la sociedad, pero a través de un nexo causal que no podía ser probado con referencia a ningún hecho concreto⁽²⁰⁾.

En un segundo momento de esta fase histórica, superada la baja Edad Media, la ligazón entre delito y pecado se va diluyendo y las faltas se sancionan con referencia más explícita a conductas exteriores, abandonándose también los métodos “bárbaros y feroces” utilizados en las ordalías y juicios de Dios. Sin embargo, el modelo de *prueba legal* o *prueba tasada*, implementado como forma más racional de determinación de los hechos, adolece también de ese hábito de razón que trata de vincular la verdad judicial con los hechos de la realidad⁽²¹⁾. En efecto, aun cuando el valor probatorio asignado a cada medio pretendía basarse en *máximas de experiencia*, por lo que la prueba aspiraba a tener un fundamento empírico⁽²²⁾; el hecho de que la certeza de una prueba se hallase *predeterminada* en la ley, apartaba al juez de un examen y apreciación racional de esta. Así, se llegó al absurdo de considerar, por ejemplo, que podían existir medias, cuartas y octavas partes de prueba, que a su vez podían dar lugar a culpas no completas, sino intermedias, cuyo efecto no era exculpatorio sino de reducción de la pena⁽²³⁾. Por otro lado, con el fin de obtener el valor probatorio necesario para efectuar una condena, se recurrieron a mecanismos que no se

(20) Marina Gascón recoge aquí una ilustrativa cita de Montesquieu: “[L]a acusación de ambos delitos (magia y herejía) puede lesionar la libertad y dar origen a una infinidad de tiranías, si el legislador no sabe restringirla, pues como no recae directamente sobre las acciones de un ciudadano, sino más bien sobre la idea que se tiene de su carácter, es tanto más peligrosa cuanto mayor sea la ignorancia del pueblo” (cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 12). Lo mismo sucede hoy, según Ferrajoli, cuando algunos ordenamientos recogen tipos no referidos a hechos, sino a cierta clase de personas como “vagabundos”, “proclives a delinquir”, “dedicados a tráficos ilícitos” o “socialmente peligrosos”. De allí al “Derecho Penal del enemigo” hay un paso (cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Quinta edición. Trotta, Madrid, 2001, p. 35).

(21) De esta opinión es FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., pp. 135 y 136.

(22) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., pp. 10 y 11.

(23) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 31.

alejaron mucho de la irracionalidad de la época anterior: la delación y la confesión por tortura fueron dos muestras claras de ello⁽²⁴⁾.

En síntesis, tanto el sistema mágico de conocimiento de los hechos como el modelo de pruebas formales y valoración tasada no estuvieron inspirados en la determinación racional de los hechos en el proceso. Mientras el primero recurrió a la voluntad divina para fundar sus decisiones, el segundo, bajo un manto de seguridad matemática, solo instauró un sistema deductivo e hiperformalista⁽²⁵⁾ que alejó al juez de la búsqueda racional y ponderada de la verdad en el proceso.

b. El modelo racional-positivista de la Ilustración y posilustración

Por su parte, el modelo histórico de la Ilustración europea supuso, bajo la égida del *racionalismo empírico*, presente tanto en la ciencia como en la filosofía de la época, la incorporación de una fundamentación racional en la determinación de los hechos en el proceso. La introducción de la racionalidad en la *quaestio facti* se apreciaría, sobre todo, en dos temas centrales: la abolición de métodos inhumanos y degradantes en la averiguación de la verdad, y la confianza en la observación cierta y racional de los hechos a través del sistema de libre valoración de la prueba.

Los filósofos de la Ilustración reaccionarían pues, en primer lugar, contra todo rezago de irracionalidad e inhumanidad en los métodos de averiguación de la verdad, pero sobre todo, como bien ha explicado Ernst Cassirer, el siglo de las luces traería el aliento de una nueva actitud en la filosofía, que dejaría la contemplación racional y el método cartesiano de la deducción, por una nueva *filosofía de la acción*, que,

(24) Aquí Marina Gascón cita oportunamente la obra de Beccaria *De los delitos y de las penas*: “[La tortura] ese infame crisol de la verdad es un monumento todavía subsistente de la antigua y salvaje legislación, cuando eran llamadas *juicios de Dios* las pruebas de fuego y del agua hiriente y la incierta suerte de las armas (...). La única diferencia que hay entre la tortura y las pruebas del fuego y del agua hiriente es que el resultado de la primera parece depender de la voluntad del reo y el de las segundas de un hecho puramente físico y extíngueco, pero esta diferencia es solo aparente y no real” (cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 10).

(25) En este punto la cita es de Furno. “[En dicho momento] el proceso alcanzó un formalismo rígido y obtuso, desarrollándose bajo la atenta mirada de un juez sin ciencia y sin conciencia, pero bajo la apariencia de que la forma protege, defiende, tutela” (cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 11).

asentada en el influjo newtoniano y en el descubrimiento de la verdad natural por medio de la observación, daría un gran impulso a la confianza en la experiencia y la racionalidad empírica⁽²⁶⁾. La consecuencia directa de esta nueva actitud filosófica sería principalmente, y para lo que aquí interesa, el ingreso en escena del problema de los hechos en el proceso. Estos, se creía, podían ser determinados racionalmente mediante métodos adecuados de averiguación probatoria, por lo que quedaba ahora en manos del juez, en la capacidad de su intelecto, determinar racionalmente su probanza. El sistema de *libre valoración* sería, en dicha circunstancia, el lógico correlato de esta nueva convicción⁽²⁷⁾ que, sin embargo, como bien ha apuntado Marina Gascón, no sería absoluto, pues la Ilustración había traído también de la mano de Hume, un cierto *escepticismo* en la razón empírica⁽²⁸⁾ que, entre otras cosas, había servido a los filósofos de dicha época para rechazar la pena de muerte por la falta de certeza absoluta en la verdad obtenida en un proceso judicial⁽²⁹⁾.

Pronto, sin embargo, al iniciar la práctica de este nuevo sistema de libre valoración y quizás por el influjo del positivismo legalista, que en la época de la codificación enseñaría al juez la aplicación mecánica del Derecho, el sistema se convirtió en uno donde la decisión sobre los hechos se hacía sobre la base de la *conciencia* del juzgador, pero sin una referencia específica al escrutinio razonado de las pruebas⁽³⁰⁾. Se

- (26) CASSIRER, Ernst. *La filosofía de la Ilustración*. Traducción de Eugenio Ímaz. Tercera edición. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 9-15 y pp. 17-53.
- (27) Ferrajoli ha reseñado cómo, a través del Decreto de 16-19 de setiembre de 1791 (que derogó la *Ordonnance criminelle* de 1670), hace su aparición en el Derecho moderno, el principio de libre valoración de la prueba. El profesor italiano cita significativamente aquí la fórmula de juramento que pronunciaban los jurados antes del juicio: "Juráis decidir conforme a los cargos y a los medios de defensa y siguiendo vuestra conciencia y vuestra *íntima convicción*, con la imparcialidad y la firmeza que convienen a un hombre libre" (cfr. FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., pp. 136 y 137).
- (28) La referencia a las vicisitudes del empirismo en la epistemología moderna puede verse en GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., pp. 13-27.
- (29) Ibídem, p. 32.
- (30) Ferrajoli ha relatado este tránsito negativo del siguiente modo: "El abandono de las pruebas legales a favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica posilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales. La fórmula de la libre convicción, que por sí misma expresa solo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales, sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acríticamente entendida como un criterio

eludió, de este modo, y se dejó en suspenso durante muchos años, el problema de la *justificación de la inducción*, esto es, el problema de cómo motivar racionalmente que determinados enunciados probatorios se correspondían lo más fielmente posible con la realidad. Así, se llegó a una especie de conclusión axiomática en el ámbito de la doctrina procesal, según la cual “los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados”⁽³¹⁾.

Este problema de la ausencia de una teoría argumentativa de la rationalidad empírica en el proceso no ha sido, sin embargo, el único que ha atravesado el ideal regulativo de justicia de la decisión que reseñábamos líneas arriba. La posibilidad misma de efectuar una apreciación *objetiva* y racional de las hipótesis empíricas del caso ha sido confrontada duramente por una amplia lista de doctrinas de índole *subjetivista*, que con basamento en epistemologías antirracionalistas⁽³²⁾, han negado la posibilidad de poder conocer, de manera objetiva, los hechos en el proceso. Toda determinación efectuada al respecto sería, al igual que en el caso de la interpretación del derecho⁽³³⁾, de acuerdo a esta concepción, una asunción arbitraria y antojadiza del juez. Así, el descrédito en la razón como instrumento para definir objetivamente los hechos en el proceso, trajo consigo la aparición de algunas concepciones sobre la prueba que suponen la recusación del ideal de “decisión justa” sobre los hechos aquí expuesta.

En primer lugar, apoyada en la epistemología subjetivista que entiende de la realidad, no como un hecho objetivo, sino como un producto del sujeto cognosciente, y ayudada por una concepción *liberal* y *privatista*

discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales. Recibida en tal sentido por la doctrina y la jurisprudencia, permitió eludir ambas, en el plano teórico y en el práctico, el enorme problema de la justificación de la inducción, sobre el que, de Hume en adelante, se ha esforzado la reflexión epistemológica. Y ha terminado por transformarse en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces” (cfr. FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 139).

(31) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 7.

(32) Estas epistemologías también en GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., pp. 13-27.

(33) Habría que recordar aquí que los diversos modelos antiformalistas o antipositivistas surgidos en Europa en el siglo XIX, respecto a la interpretación del Derecho, fueron los que desembocaron en estos modelos subjetivistas y antirracionalistas, como la Escuela Libre del Derecho o el realismo americano, que finalmente también terminaron poniendo en tela de juicio la bondad de la razón empírica en el proceso. La referencia a esta evolución antiformalista puede verse en LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción de M. Rodríguez Molinero, 2^a edición en español, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 31 y ss.

del proceso presente durante todo el siglo XIX⁽³⁴⁾, surgió una concepción de la verdad judicial, como un producto de la mera actuación o acuerdo de las partes⁽³⁵⁾. Dicha concepción, plasmada claramente en el *sistema adversarial* estadounidense, no se preocupa de la averiguación de la verdad real de los hechos, sino que construye y constituye dicha verdad solo a partir de la confrontación de los argumentos fácticos de las partes⁽³⁶⁾. En la misma línea, puede ubicarse aquella concepción de la verdad judicial como un mero producto del procedimiento formal ordenado en la ley para la averiguación de la verdad⁽³⁷⁾. Estas tesis, por lo demás, se sustentan de algún modo, en aquella concepción “humilde” de la verdad judicial defendida por Montero Aroca⁽³⁸⁾, según la cual, dado que no se puede descubrir la verdad en el proceso, solo habremos de conformarnos con aquella que resulte de la intervención de las partes y la correcta aplicación de las reglas procesales. Esta postura, sin embargo, renuncia al ideal regulativo de justicia, pues ya no se preocupa por determinar hechos verdaderos, correspondientes con la realidad, sino solo hechos formales, institucionalmente definidos.

c. Síntesis

Aun cuando, como dice Marina Gascón, podamos compartir una epistemología no absolutista de la verdad⁽³⁹⁾, no creemos que deba efectuarse una renuncia completa a la idea de verdad como

-
- (34) Vide brevemente sobre ello MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Traducción de Aldo Zela Villegas, Palestra, Lima, 2007, pp. 41-50.
- (35) Sobre la concepción de la verdad judicial como “negocio procesal”, ver TARUFFO, Michele. “¿Verdad negociada?”. En: *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 229 y ss.
- (36) Esta postura se condice básicamente con quienes definen al proceso solo como un instrumento de resolución de conflictos entre particulares, pero es desdecida por quienes consideran al proceso más como un *public values* (bien público). Sobre el sistema adversarial estadounidense, ver TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Traducción de Beatriz Quintero Prieto, Temis, Bogotá, 2008.
- (37) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 41.
- (38) Del libro de MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 109; citado en TARUFFO, Michele: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”. En: *La prueba*, Ob. cit., p. 175.
- (39) Esta autora opta por una epistemología moderadamente realista, en la que por un lado tenga sentido la aspiración a conocer los hechos realmente acaecidos y, por otro, no se ignore la relatividad de la verdad alcanzada (cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., pp. 42-45).

correspondencia (entre enunciado fáctico y realidad)⁽⁴⁰⁾. Dicha correspondencia, aunque no certera, puede determinarse en grados altos, muy altos o escasos de *probabilidad*. La justicia de la decisión viene, creemos, de la argumentación racional que pueda brindarse respecto del alto grado de probabilidad de una premisa fáctica y, por lo tanto, de la solución más correcta que esta ofrece respecto de otra premisa sustentada con un grado muy mínimo de probabilidad⁽⁴¹⁾. Todo ello supone, sin embargo, no solo no renunciar al ideal de justicia que anida, de modo muy especial, en el proceso, sino sobre todo preocuparse de la construcción de determinados *estándares* o *cánones* que hagan posible superar el “viejo problema de la inducción” y hablar de la existencia de una racionalidad empírica en el proceso⁽⁴²⁾; además de una *articulación procesal e institucionalizada* capaz de dar cuenta de dicho ideal regulativo⁽⁴³⁾, así como de la *conciencia* viva del juez que responda, en la determinación de los hechos, no solo al llamado de las partes, sino sobre todo a la justicia latente en el caso, lo cual supone la averiguación cierta de aquello que ocurrió en la realidad⁽⁴⁴⁾.

En resumen y antes de pasar al siguiente nivel de análisis, podemos concluir que, con el objeto de alcanzar una decisión justa sobre los hechos en el proceso, debemos atender a las siguientes consideraciones:

- a) El criterio adecuado de verdad a utilizarse en el proceso es aquel que define a esta como una relación de correspondencia entre los enunciados fácticos y la realidad.

(40) Sobre la noción de verdad como correspondencia, en tanto concepto adecuado a la finalidad de un proceso justo, han hablado GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 53 y ss.; TARUFFO, Michele. *La prueba*. Ob. cit., p. 23 y ss.; GUZMÁN, Nicolás. Ob. cit., p. 39 y ss.

(41) Ello, como ha aclarado Marina Gascón, no significa que la verdad es aquella que se estableció con la mayor compatibilidad racional de la premisa empírica, sino solo que la justicia de la decisión se halla mejor lograda cuando es más probable, de acuerdo a las pruebas aportadas, que se haya alcanzado dicha verdad. Por lo demás, la verdad siempre es el objeto del proceso, mas no enunciados lo más racionalmente probables, pues solo esta postura “permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias del proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles” (cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 68).

(42) Vide al respecto GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. En: *Proceso, prueba y estándar*. Santiago Ortega Gomero (editor). Ara, Lima, 2009, p. 17 y ss.

(43) Sobre la institucionalización jurídica del conocimiento de los hechos, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho*. Ob. cit., p. 125 y ss.

(44) Sobre los poderes instructorios del juez, con relación a la prueba, RAMÍREZ, Diana. *La prueba de oficio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

- b) El ideal de alcanzar la verdad en el proceso debe situarse, en primer lugar, en el terreno de la argumentación sobre la mayor probabilidad de adecuación fáctica de unas premisas empíricas sobre otras, lo cual supone la construcción de una teoría argumentativa o estándares de adecuación racional sobre los hechos.
- c) También debe verificarse en el ámbito de configuración del proceso, el diseño de un procedimiento adecuado a la búsqueda de la verdad, y que al mismo tiempo atienda a otros valores del ordenamiento jurídico como el debido proceso (con todos sus elementos concurrentes), la seguridad jurídica y el respeto de los derechos fundamentales.
- d) Por último, el juez también debe remover, sin subvertir otros derechos al interior del proceso, los obstáculos que se presenten para arribar a una decisión justa sobre los hechos, lo que incluye también en algunos casos la actuación de las facultades probatorias que la ley le asigne.

A analizar si estas condiciones de averiguación de la verdad real, como criterios que definen la justicia de la decisión sobre los hechos, se presentan en nuestro ordenamiento procesal sobre el amparo nos dedicaremos en los siguientes apartados.

IV. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA PRUEBA EN EL AMPARO

Si, como se acaba de sostener, un elemento necesario para atribuir a una decisión emitida en un proceso judicial la cualidad de justa, es la correspondencia entre los enunciados fácticos de la decisión y los hechos de la realidad, la articulación de todo proceso, así como la praxis jurisprudencial llevada a cabo por los tribunales, deben ajustarse, en la mayor medida posible, tomando en cuenta los demás valores practicados al interior del proceso, a la consecución de dicha finalidad sustancial, sea a través de la remoción de obstáculos legales e institucionales que impiden el logro de dicha finalidad, como a través de una labor cada vez más activa por parte de los jueces a la hora de averiguar y definir los hechos en el seno del proceso. Esta exigencia, como es obvio, vale también para los procesos constitucionales y, entre ellos, para el amparo.

Aun cuando, como ya se dijo, sea un tópico considerar que el amparo solo tiene por objeto enjuiciar jurídicamente el acto reclamado⁽⁴⁵⁾, presuponiendo que no existe mayor duda sobre la existencia de este,⁽⁴⁶⁾ o entendiendo que este proceso solo puede incoarse cuando no se susciten controversias sobre lo “sucedido” y no exista, por lo tanto, la necesidad de generar un debate probatorio al interior del proceso⁽⁴⁷⁾; lo cierto es que, en todo proceso, incluido el amparo, –y así se evidencia en la jurisprudencia del TC peruano– siempre se presenta una definición sobre hechos, la cual supone una discusión, aunque sea mínima, sobre el material probatorio aportado⁽⁴⁸⁾. Por otro lado, tampoco es cierto que en todas las ocasiones en que el TC constata la presencia de duda o incertidumbre sobre los hechos y la necesidad de desarrollar actuaciones probatorias algo más amplias, resuelve decretar la improcedencia de la demanda⁽⁴⁹⁾. Y ello sucede así porque, como veremos luego, en estos casos el TC parece atender a una premisa que, aunque muchas veces es dejada de lado o no tomada en serio por los operadores jurídicos, es crucial para procurar la producción de una decisión justa, también en el seno del amparo: que la finalidad esencial

-
- (45) Así lo ha expresado el TC peruano: “De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional. (...). Por ello, si en el amparo no hay conflicto de derechos e intereses “subjetivos” contrapuestos entre partes, ello es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional” (STC Exp. N° 0976-2001-PA/TC, f. j. 3).
- (46) Esto sucede en múltiples casos donde el Tribunal ingresa a examinar el fondo del asunto, aun cuando se encuentra ante un caso de rechazo liminar, y ello porque presupone, entre otras cosas, que el acto lesivo se encuentra suficientemente probado con los actuados de la demanda (Vide entre otras, la STC Exp. N° 5951-2005-PA/TC, f. j. 2).
- (47) Ello sucede actualmente con un gran número de demandas de amparo en materia previsional, donde merced a la existencia de más de un certificado médico de incapacidad de contenido distinto, se declara la improcedencia por tratarse de una materia controvertida que debe ser vista en otra vía que cuente con estación probatoria (Así, las STC Exp. N° 1316-2010-PA/TC, STC Exp. N° 3643-2009-PA/TC, STC Exp. N° 0256-2009-PA/TC, entre otras).
- (48) Ello sucede a menudo con los casos donde se resuelve materia pensionaria y existe la necesidad de acreditar aportes al sistema previsional (Por todas puede verse la STC Exp. N° 4672-2007-PA/TC, caso Tarazona Valverde, donde incluso se fijan las reglas para acreditar los años de aportación al régimen previsional). Del mismo modo, este supuesto se presenta en los casos de acreditación de la enfermedad profesional de hipoacusia, donde se exige que el actor demuestre el nexo causal entre dicha enfermedad y su ocupación profesional, a través de una serie de pruebas sobre las condiciones en que se desempeñó el trabajo (vide la regla j) contenida en la STC Exp. N° 2513-2007-PA/TC, con carácter de precedente vinculante, caso Casimiro Hernández).
- (49) Referencias claras de este supuesto se encuentra en el caso de la píldora del día siguiente (STC 2005-2009-PA/TC) y en los casos sobre derecho a la salud mental (STC Exp. N° 3081-2007-PA/TC, STC Exp. N° 2480-2008-PA/TC y STC Exp. N° 5842-2006-PHC/TC).

de este proceso es la tutela de derechos fundamentales⁽⁵⁰⁾, no la tutela de “derechos incontrovertibles”.

De este modo, si bien la estructura del proceso de amparo es una de tutela sumaria o urgente, donde de ordinario no existe una etapa de actuación probatoria, ello no supone que la definición de los hechos no sea un asunto relevante. Como veremos en los apartados que siguen, dicha definición es en muchos casos un tema de extraordinaria importancia. Resulta, por tanto, indispensable realizar un examen respecto a la forma cómo dicha determinación se produce en el seno del amparo, a efectos de verificar, en primer lugar, si esta cumple con los requerimientos de una decisión justa sobre los hechos, en los términos aquí expuestos. Dicho examen minucioso además es necesario en razón de que, en el caso del amparo, y en lo que a la determinación de los hechos se refiere, la especial naturaleza de los derechos iusfundamentales involucrados en el ámbito de este proceso impone determinadas exigencias⁽⁵¹⁾ que, sin embargo, han sido poco estudiadas en la doctrina procesal constitucional.

(50) Tal y como reza el artículo 200, inciso 2 de la Constitución, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En dicha tesisura, el propio Tribunal, enfáticamente, ha sostenido que: “Desde esta perspectiva, lo que existe en realidad es solo una limitación de la actuación probatoria, pues en la práctica es indispensable la presentación de pruebas que acrediten la violación o amenaza de un derecho constitucional. La excepción a la regla tiene como fundamento lo previsto en el artículo 1 del Código, en el sentido de que la finalidad de todos los procesos de derechos humanos es (...) proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional”. Partiendo de esta premisa, este Tribunal tiene el deber inexcusable de realizar cualquier actuación probatoria que considere necesario siempre que con ello no se afecte la duración del proceso” (STC Exp. N° 3081-2007-PA/TC, f. j. 4).

(51) Marinoni ha explicado cómo la doctrina procesal clásica trató de construir, sobre la base de una ideología liberal, un sistema unitario del proceso, donde el proceso era estructurado con base en reglas uniformes, pero que sin embargo desatendían las necesidades de tutela procesal propia de cada derecho sustantivo en juego (vide MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 49 y ss). Este autor brasileño, y con él una escuela procesal cada vez más asentada (desde los primeros desarrollos de Proto Pisani y otros autores italianos de la “tutela diferenciada”), con sustento en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, han desarrollando la doctrina de la instrumentalidad del proceso, como una forma de reaccionar contra esta pretensión de uniformidad y neutralidad del proceso, propugnando una visión más sustancialista, que intenta enseñar que el proceso debe ser estructurado y diseñado mirando las peculiaridades propias del derecho sustantivo de que se trata (entre estos autores puede citarse a MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica de los derechos. Necesidades del Derecho material, tutela de los derechos y técnica procesal. Traducción de Aldo Zela Villegas. Palestra, Lima, 2008; DINAMARCO, Cándido Rangel. *La instrumentalidad del proceso*. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Comunitas, Lima, 2009; en nuestro país han hecho eco de esta doctrina ZELA VILLEGAS, Aldo. *La tutela preventiva de los derechos (Como*

En efecto, como ha destacado con acierto Luis Prieto Sanchís, el carácter de norma-principio, o *mandato de optimización*, que tienen los derechos fundamentales supone, en el ámbito de justificación de los actos de los poderes públicos, unas exigencias mayores que pueden concretizarse, entre otros lugares, también en el ámbito de los procesos judiciales y, específicamente, de la determinación de los hechos en los procesos constitucionales⁽⁵²⁾. Así por ejemplo, Patricia Lopera resalta cómo, derivada de la exigencia general de justificación de la intervención en los derechos fundamentales, la carga de argumentar y de probar, en los procesos constitucionales, debe atribuirse también a las autoridades, funcionarios o personas que hayan supuestamente vulnerado un derecho fundamental⁽⁵³⁾.

Sin embargo, las exigencias que se derivan de la naturaleza de los derechos fundamentales, en la determinación de los hechos en el proceso, no se circunscriben o pueden reducirse a este aspecto. Por ejemplo, la necesidad de tutelar la dimensión objetiva de un derecho fundamental, definiendo su marco institucional de actuación, o la dimensión colectiva en el caso de los derechos sociales, descubriendo el ámbito de bloqueo estructural que lesiona estos derechos⁽⁵⁴⁾, implica

manifestación de la tutela diferenciada). Palestra, Lima, 2008; HURTADO REYES, Martín. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*. Palestra, Lima, 2006; MONROY PALACIOS, Juan José. *La tutela procesal de los derechos*. Palestra, Lima, 2004; y en el ámbito procesal constitucional ABAD YUPANQUI, Samuel. "La creación jurisprudencial de normas procesales: la 'autonomía procesal' del Tribunal Constitucional. Un análisis preliminar". En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de doctrina y jurisprudencia*. Vol. XXX, Palestra, Lima, junio de 2008, pp. 138-148).

- (52) Luis Prieto Sanchís afirma que "cuando los derechos se incardinan en un sistema normativo, al final en eso queda su supremacía, en requerir como inexcusable una argumentación racional sobre toda actuación que afecte a su amplísima esfera de influencia; argumentación que, en definitiva, habrá de efectuarse por los jueces, pero que sería muy saludable que comenzara siendo realizada por los propios sujetos políticos [de tal suerte que] los derechos humanos, que nacieron como fuente y criterio de legitimación (y deslegitimación) del poder, siguen desempeñando así esa función a través de la carga de la argumentación que pesa sobre la actuación del poder" (PRIETO SANCHÍS, Luis. "Concepto y fundamento de los derechos", texto inédito citado en LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control constitucional de las leyes penales*. Centro de Estudios y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 579).
- (53) Como veremos en el último acápite de este trabajo, Patricia Lopera ha defendido una carga de argumentación y de la prueba también en cabeza del legislador, en el caso de los procesos de inconstitucionalidad. Vide LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit., pp. 581-584.
- (54) Sobre la función de los procesos constitucionales en la superación de situaciones estructurales de vulneración de derechos fundamentales hemos incidido en LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. "Acerca de la dimensión colectiva en la protección de los derechos sociales.

una amplia definición de los elementos de hecho del caso, los cuales solo pueden ser obtenidos por medio de una suficiente actuación probatoria⁽⁵⁵⁾. En estos supuestos, por tanto, debe descartarse, en primer lugar, la regla que impide la actuación probatoria en el amparo, y de acuerdo al modelo de proceso justo que hemos reseñado líneas arriba, el juez debe llevar adelante toda la actuación probatoria necesaria para definir los supuestos de hecho, con base en los cuales otorgar o no tutela eficaz a los derechos fundamentales reclamados.

Por último, como ha señalado Patricia Lopera, en el ámbito de la interpretación de los derechos fundamentales, efectuada a través del principio de proporcionalidad, las premisas fácticas que sustentan dicha interpretación ostentan también una especial importancia⁽⁵⁶⁾. Así, la determinación de la *idoneidad* de la medida de intervención en el derecho, su *necesidad* de cara a otros medios alternativos menos lesivos para este, o la definición de los *grados* de intervención o de satisfacción de los bienes constitucionales en juego, se hace también con referencia clara a premisas fácticas⁽⁵⁷⁾, las cuales deben ser comprobadas por medio de la actividad probatoria correspondiente⁽⁵⁸⁾. De este modo, cuando se evalúa la constitucionalidad de un acto de intervención

Las recetas de la justicia constitucional y el rol de la política". En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 111. Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010, pp. 29-44. Vide también la importante investigación de RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. "Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia". En: *La protección judicial de los derechos sociales*. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, p. 321 y ss.

- (55) Las peculiaridades y retos que presenta la protección de los derechos sociales, también en lo atinente a la prueba, la hemos tratado en LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y ROJAS BERNAL, José Miguel. "Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales", texto inédito de pronta aparición en *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional*. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional-Adrus, Lima, 2010.
- (56) LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit., pp. 525-530.
- (57) Ibídem, pp. 581-584.
- (58) Por ejemplo, Patricia Lopera ha defendido que en el ámbito de la definición sobre la idoneidad y necesidad de las medidas penales es necesario utilizar las oportunidades probatorias que demuestren, más allá de referencias al sentido común, que dichas medidas son realmente justificables. Así ha citado en su respaldo a Massimo Donini, quien considera que es preciso conferir a la Corte "el poder de llevar a cabo investigaciones empíricas, o bien de valorar la presentación ante la propia Corte de investigaciones empíricas sobre la efectividad y la eficacia de las sanciones alternativas a la penal" ("Un Derecho Penal fundado en la Carta Constitucional: razones y límites. La experiencia italiana", citado en LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit., p. 600).

en un derecho fundamental, a través del amparo, no solo es necesario efectuar el debate y actuación probatoria respecto a la existencia del acto reclamado⁽⁵⁹⁾, sino también, de modo especial, respecto a las consideraciones fácticas que sustentarían que dicho acto ha incidido desproporcionada y, por tanto, injustificadamente en el derecho fundamental⁽⁶⁰⁾.

En lo que sigue, vistas las distintas razones por las se hace necesaria una determinación adecuada de los hechos en el amparo y teniendo en cuenta los cánones de decisión justa reseñados y las exigencias de los derechos fundamentales, procederemos a examinar algunos elementos del diseño procesal e institucional sobre la prueba en el amparo, vigentes en nuestro ordenamiento jurídico; así como la práctica jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional sobre la actividad probatoria en el seno de este proceso constitucional. Todo ello con la finalidad de evaluar su adecuación al modelo de decisión justa sobre los hechos aquí expuestos y la naturaleza iusfundamental de los derechos involucrados, amén de efectuar las sugerencias más pertinentes sobre los puntos clave a mejorar en ambos casos.

- (59) Hay que dejar de lado aquí, la aceptada postura de Juventino Castro, según la cual en el amparo solo hay dos cosas a probar: la existencia del acto reclamado, que es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que es un acto de mero derecho (vide CASTRO, Juventino. *El sistema del derecho de amparo*. Porrúa, México, 1992, p. 169). Pues bien, que la evaluación de la constitucionalidad de la medida impugnada sea un acto de mero derecho, que no requiere consideraciones fácticas, es un aserto que es fácilmente rebatible con una mirada apenas atenta de algunas resoluciones del TC. Por ejemplo, en el caso de la píldora del día siguiente (STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC), la probanza fáctica no estuvo referida solamente a la existencia de la política estatal de distribución gratuita de la píldora (que era el acto impugnado, pero que por lo demás fue considerado como un hecho evidente), sino principalmente a la determinación de si la píldora causaba algún efecto negativo sobre el endometrio, cuestión evidentemente fáctica que iba a determinar el resultado de la solución jurídica y que mereció un amplio acopio de material probatorio. Del mismo modo, en el caso Ramón Medina Villafuerte (STC Exp. N° 2480-2008-PA/TC), no solo fue suficiente acreditar que se había extendido el Alta Médica que establecía el régimen de "Hospital de Día" (acto lesivo), sino que sería necesario también establecer si el paciente psiquiátrico requería el suministro controlado de medicamentos para proteger adecuadamente su salud mental, para lo que se solicitó el dictamen de un especialista. Solo dicha definición fáctica previa podía dilucidar si se había vulnerado o no el derecho a la salud del paciente.
- (60) Así sucede, por ejemplo, en el caso de la determinación de la confiscatoriedad de un impuesto, cuya definición –ha dicho el Tribunal–, debe verse caso por caso, según la capacidad contributiva del contribuyente, y donde este debe probar dicha capacidad con referencia a la situación económica de la empresa (Así puede verse en la STC Exp. N° 4227-2005-PA/TC, ff. jj. 23-30, caso Royal Gaming S.A.C.).

a. Tutela de urgencia y ausencia de estación probatoria

Como ha dicho Taruffo, la configuración de procesos, distintos al ordinario, que fundamentalmente pretendían reducir el trámite dilatado y, a veces engoroso, de la litis judicial, en casos que por su sencillez no ameritaban dicha duración excesiva, ha sido una práctica que se ha producido desde antiguo⁽⁶¹⁾. Como ya dijimos, esta tendencia ha sido acentuada por quienes, defendiendo la naturaleza instrumental del proceso, buscan adecuar el diseño del proceso a las necesidades materiales de tutela efectiva de los derechos que se encuentren en juego⁽⁶²⁾. Así han surgido, como ya dijimos, las tutelas diferenciadas, y determinadas formas de tutela sumaria o tutela urgente, además de las llamadas técnicas de aceleración del proceso⁽⁶³⁾. En esta senda puede ubicarse también el proceso de amparo. Sin embargo, cabe hacer una precisión importante.

Algunas formas de tutela sumaria fueron construidas, sobre todo para atender a asuntos de escasa relevancia o también para proteger, de forma rápida y eficaz, el tráfico privado, a través de la ejecución pronta de títulos valores, por ejemplo. Como dichos títulos certificaban la obligación de manera fehaciente, se redujo el trámite del proceso para ejecutar casi inmediatamente la deuda pendiente y así brindar mayores armas a los acreedores, en una óptica de eficientismo del Derecho Procesal⁽⁶⁴⁾. Sin embargo, este no ha sido el criterio utilizado para crear otras formas de tutela sumaria, igualmente importantes. Así, las llamadas “tutelas específicas”⁽⁶⁵⁾ han sido creadas más bien para brindar una tutela satisfactoria, acorde con la naturaleza del derecho reclamado, la cual requería, al margen de su facilidad o dificultad probatoria, una estación procesal abreviada y de corta duración. Así, las tutelas cautelares, tutelas inhibitorias, entre otras, han procurado dar respuesta, adecuada y efectiva, a las necesidades de nuevos derechos

(61) TARUFFO, Michele. “Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria”. Ob. cit., pp. 271-273.

(62) MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica de los derechos*. Ob. cit.

(63) ZELA VILLEGAS, Aldo. *La tutela preventiva de los derechos*. Ob. cit.

(64) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 272.

(65) MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica de los derechos*. Ob. cit.

como los derechos colectivos, medioambientales, de los consumidores y usuarios, entre otros⁽⁶⁶⁾.

El fundamento de la estructuración procesal abreviada del amparo –creemos– radica en este segundo supuesto y no en el primero. Es decir, no se sustenta en la sumarización de un trámite, obviamente sencillo, de ejecución de una obligación pecuniaria (pero que sin embargo puede ser de escasa importancia); sino más bien en la necesidad de agilizar una causa que, por la naturaleza del derecho (que puede venir en irreparable por el paso del tiempo), necesita de una solución pronta y efectiva, que lo satisfaga íntegramente y en sus propios términos. La necesidad de la tutela urgente del amparo no viene pues, como mal parece entenderlo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, de la calidad de indubitables o incontrovertibles de los derechos que se debaten al interior del amparo⁽⁶⁷⁾, sino de la especial valencia de los derechos tutelados y de su particular especificidad, que reclama no solo una inmediata protección, sino también una satisfacción restitutoria que permita reponer al demandante en el goce efectivo del derecho fundamental vulnerado.

No debe pues confundirse el hecho de que, la gran mayoría de veces, el amparo se presente como un medio rápido para interdictar una actuación administrativa evidentemente arbitraria (idea esta que es parte de su mística originaria), donde la discusión se centra en la legitimidad de la medida, mas no en la existencia del acto reclamado, con el hecho de que la finalidad y esencia del amparo sea la protección de derechos que no requieren ninguna definición fáctica previa. La alusión que a menudo se efectúa sobre el carácter no controvertido o complejo de la controversia (como condición para el acceso al amparo) –creemos– no tiene que ver con esa certeza absoluta de los enunciados fácticos del caso de la que comúnmente se habla, sino, entre otras cosas, con una circunstancia presente en el ejercicio de determinados derechos fundamentales: la titularidad previa en el disfrute del derecho fundamental. Así por ejemplo, cuando se pretende una protección del derecho de propiedad, esta debe haber estado en cabeza

(66) ZELA VILLEGAS, Aldo. *La tutela preventiva de los derechos*. Ob. cit.

(67) Así, cuando afirma que: "La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto, no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y el objeto del proceso" (STC Exp. N° 0976-2001-PA/TC, f. j. 3).

del demandante y así estar acreditado. La discusión sobre dicha titulidad no puede pues ser efectuada en el amparo, pues se trata de una discusión legal y no constitucional, donde se pretende no la restitución del derecho, sino su constitución⁽⁶⁸⁾.

Por lo demás, como veremos en el ítem que sigue, el hecho de que la complejidad de la controversia y, por ende, la improcedencia del amparo se funde muchas veces en la dificultad probatoria de algunos hechos relevantes para determinar la afectación del derecho fundamental, como sucede por ejemplo, en el caso de la acreditación del fraude de un despido⁽⁶⁹⁾, no quiere decir stricto sensu que la complejidad y la necesidad de actuación probatoria hagan de por sí improcedente el amparo, sino solo significa que, de lo aportado por el demandante, en el caso concreto, no se observa con claridad (ni siquiera con proximidad) los elementos que configuran el acto lesivo, ni se muestran elementos que puedan llevar al juez a una actuación probatoria de oficio. Constituye, pues, dicha forma usual de decretar la improcedencia, más una condena a la negligencia del demandante o a las escasas posibilidades de reconstrucción del caso, que una afirmación de la imposibilidad de su tramitación en el amparo.

En consecuencia, la tutela sumaria es, desde nuestra perspectiva, consubstancial al amparo, no porque se discutan en su seno derechos incuestionables (como sucede, por ejemplo, en el caso de procesos ejecutivos), sino porque la protección de los derechos fundamentales, por su vinculación con la dignidad humana, requiere un proceso rápido, expeditivo y eficaz que los tutelle adecuadamente. Por ello, si la protección del derecho fundamental de que se trate (y aquí hay que apreciar, como veremos, derechos más complejos como los derechos sociales

(68) Este supuesto se apreciaba claramente en el caso de la PUCP con el representante del Arzobispado de Lima (STC Exp. N° 3347-2009-PA/TC). Allí la discusión se centraba en la interpretación de los varios testamentos de don José de la Riva Agüero y Osma, respecto a quién correspondía la administración de los bienes de la herencia. No se encontraban claramente definidos, pues, las potestades de administración sobre la propiedad de la herencia, por lo que su dilucidación no era un asunto de la jurisdicción constitucional, sino ordinaria. Se discutía y pretendía pues la definición de un derecho, en base a una interpretación testamentaria, y no la reposición de un derecho que haya sido afectado. El yerro del Tribunal en resolver esta causa se aprecia, por lo demás, en la ingente cantidad de documentos probatorios que requirió para “decir” a quién correspondía el derecho a la administración, lo cual finalmente “estableció” en los fundamentos finales.

(69) RTC Exp. N° 1217-2010-PA/TC.

y los derechos colectivos) requiere una ampliación del término del proceso, ella debe efectuarse irremediablemente, no pudiendo alegarse –creemos– la falta de estación probatoria para evadir la protección del derecho. Por lo demás, la summariedad del proceso no se concreta solo en la reducción de estaciones procesales, como pudiera creerse, sino en otros detalles que se encuentran presentes en el amparo. Así, la preferencia en la tramitación⁽⁷⁰⁾, el impulso procesal de oficio⁽⁷¹⁾, la informalidad⁽⁷²⁾, los poderes probatorios del juez⁽⁷³⁾ e incluso sus poderes coercitivos⁽⁷⁴⁾, pueden ser armas tan efectivas en la tramitación urgente del amparo, como la ausencia de una etapa probatoria.

Por otro lado, como ha dicho Taruffo, en referencia a tutelas sumarias buenas y malas⁽⁷⁵⁾, si la summarización del proceso supone una renuncia a la búsqueda de la verdad en el proceso, sacrifica otros derechos de las partes en el proceso como el contradictorio, o su etiqueta se utiliza solo para descargar la pesada carga de trabajo que existe en los juzgados, no solo se pervierte la finalidad de satisfacción del derecho en el caso concreto, sino que se institucionaliza un sistema donde se habrá renunciado al ideal regulativo de justicia, arriba enunciado y consustancial al Estado Constitucional. No puede pues, en conclusión, desatenderse en el amparo, ni al objetivo de prontitud de la solución ni al de corrección de la decisión, pues ambos constituyen la medida necesaria de justicia, en el caso de la protección de los derechos fundamentales.

b. El artículo 9 del Código Procesal Constitucional como causal de improcedencia del amparo

Las causales de improcedencia del amparo han sido expresamente señaladas en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, no debe entenderse que estas sean las únicas razones por las que puede decretarse la improcedencia de la demanda. Además de ellas, también pueden ser incluidas las condiciones generales de

(70) Artículo 13 del C.P.Const.

(71) Artículo III, segundo párrafo del Título Preliminar del C.P.Const.

(72) Artículo III, tercer párrafo del Título Preliminar del C.P.Const.

(73) Artículo 9 del C.P.Const.

(74) Artículo 22 del C.P.Const.

(75) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 282.

la acción que, ante su ausencia, pueden dar lugar también a la improcedencia. Entre estas puede citarse a la competencia y la legitimidad para obrar. Además de ello, en la praxis jurisprudencial se ha añadido una más, que aun cuando no se encuentra prevista en el Código, es utilizada a menudo para declarar improcedente una demanda de amparo: el carácter fácticamente controvertido de la causa y la ausencia de una estación probatoria adecuada para dilucidarla.

En esta línea, el Tribunal ha determinado, por ejemplo en el caso *Baylón Flores*, y con carácter de precedente vinculante que:

“En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será **procedente** la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional en el caso *Casimiro Hernández* (STC Exp. N° 2513-2007-PA/TC) ha establecido la declaratoria de improcedencia de la demanda, en materia de pensiones de invalidez, cuando no se cumplan las siguientes reglas probatorias por el actor:

- a) Cuando, luego de habersele brindado por el juez un plazo de 60 días para presentar el Certificado Médico de una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredite su enfermedad profesional, no lo ha hecho.
- b) Cuando, luego del 19 de enero de 2008, el demandante no adjunte el Certificado Médico de una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, que acredite su enfermedad profesional.

En estos supuestos, parece que el Tribunal atiende a la premisa general, explicada líneas arriba, según la cual, cuando no puede efectuarse una definición clara de los hechos, por existir pruebas que producen enunciados fácticos contradictorios, o pruebas con un margen muy reducido de confiabilidad o simplemente no se han presentado estas, la

demandas debe ser declarada improcedente. Y ello, porque de acuerdo al propio Colegiado constitucional, cuando la controversia se torna compleja, en lo atinente a la determinación de los hechos, el amparo no es el proceso adecuado para su dilucidación, por carecer de estación probatoria. Esta premisa general sentada por el Tribunal, sin embargo, no guarda coherencia con la solución brindada en otros casos. Así, el Tribunal también ha establecido que, ante la probanza inidónea o escasa de los enunciados fácticos, no cabe decretar la improcedencia, sino más bien declarar infundada la demanda, por no haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental. Ello sucede, por ejemplo, en el caso de la acreditación de los años de aportación al régimen previsional. En efecto, en el caso *Tarazona Valverde* (STC Exp. N° 4762-2007-PA/TC, f. j. 26), el Tribunal ha establecido los medios probatorios que pueden acreditar fehacientemente los años de aportes al sistema pensionario, en ausencia de los cuales la demanda debe ser desestimada.

En el caso del despido fraudulento, las resoluciones que se emiten por el Tribunal son, a menudo, contradictorias también en este tema y no guardan una uniformidad o línea de criterio que permita definir cuándo se está ante una demanda improcedente y cuándo ante una infundada. Esta confusión puede adjudicarse, entre otras cosas, a la misma confusión explicada líneas arriba, según la cual el amparo es solo un medio para tutelar derechos que, desde un punto de vista fáctico, sean incontrovertibles. Al suponer que esta es una condición de la acción, intrínseca a la naturaleza de este proceso constitucional, se opta, las más de las veces, por declarar improcedente la demanda, recurriendo además a la fórmula de que la causa “debe verse en otra vía más lata donde puedan actuarse ampliamente los medios de prueba necesarios”. Esta “cláusula de estilo” utilizada por el Tribunal, por lo demás, la gran mayoría de las veces carece de objeto, pues, como sucede en el caso del despido fraudulento en el régimen laboral privado (donde también se emplea), no existe ninguna otra vía donde pueda discutirse los hechos alegados en el amparo, pues ningún otro proceso ofrece la tutela restitutoria que brinda este proceso constitucional.

En puridad, de nuestra parte consideramos que cuando el juez se encuentra ante una demanda donde no se han adjuntado los medios probatorios idóneos que sustenten la pretensión, esto es, no se han adjuntado los medios de prueba que demuestren los enunciados

fácticos alegados, o se han presentado medios probatorios contradictorios que sustentan enunciados fácticos disímiles, o simplemente no se ha adjuntado ningún medio probatorio que sostenga el enunciado fáctico esgrimido, el juez debe declarar infundada la demanda por no haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental en cuestión. Aquí se trata pues, como ha explicado Taruffo, de la aplicación de la regla de la carga de la prueba, según la cual, cuando el demandante no ha logrado probar la veracidad de sus afirmaciones, el juez debe desestimar la demanda incoada⁽⁷⁶⁾. No constituye pues, en modo alguno, la declaración de falta de pruebas o de presencia de controversia sobre la veracidad de los enunciados fácticos, una condición de la acción o el proceso, sino un asunto del fondo de la controversia, que debe ser establecido de ese modo en la sentencia.

Ello no quiere decir, sin embargo, como pudiera pensarse, que el actor pierda la oportunidad de defender su pretensión en otra vía o, incluso, en el mismo amparo, si es que logra conseguir el o los medios probatorios necesarios para demostrar los supuestos de hecho en los que basa su demanda. Aunque esta es una postura que puede resultar polémica, dado que parece enfrentarse al principio de la cosa juzgada, dicha posibilidad es factible desde que, como hemos sostenido líneas arriba, la finalidad del proceso, en materia de hechos, es acercarse lo más posible a la verdad, tal y como esta se presentó en la realidad⁽⁷⁷⁾. En consecuencia, si luego de concluido el proceso se puede demostrar la verdad de las afirmaciones que, quizás no fueron negadas sino solo no comprobadas en el proceso primigenio, podría ser perfectamente legítimo incoar otro proceso para alcanzar la justicia que se denegó inicialmente⁽⁷⁸⁾. Con todo, esta situación de por sí es excepcional y se justifica desde que el inicio de un nuevo proceso no perjudica ningún derecho concreto (como podría ser en el caso de un nuevo proceso penal, donde se afecta la libertad del procesado), sino solo, de modo muy abstracto y genérico, la *seguridad jurídica*, pero que, en el juego de la ponderación, puede quedar de lado frente al valor *justicia*.

(76) TARUFFO, Michele. *La prueba*. Ob. cit., p. 145 y ss.

(77) De esta posición es GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 68 y ss.

(78) Esto sería particularmente relevante en los casos sobre materia pensionaria, donde muchas veces se declara infundada o improcedente la demanda, por no haberse adjuntado el documento idóneo que acredite las aportaciones, la enfermedad profesional o el nexo causal de esta.

Por último, la declaración de improcedencia de la demanda de amparo, con base en la existencia de una controversia sobre los hechos, genera dos problemas adicionales. En primer lugar, en la determinación de en qué medida puede hablarse de una “controversia”, esto es, en qué medida puede decirse que no se han aportado elementos que acrediten la afectación del derecho fundamental. Este problema nos remite a otro respecto al *grado de confirmación* de los enunciados fácticos que es necesario para declarar fundada una demanda de amparo. Este asunto, sin embargo, –creemos– no puede ser definido en abstracto, con una regla que tenga el mismo valor para todos los casos. Así, hay supuestos en que, como puede verificarse de alguna jurisprudencia del TC, basta la verosimilitud de lo esgrimido para brindar tutela al derecho vulnerado⁽⁷⁹⁾. Aun cuando este grado de probabilidad es muy bajo y no se condice, en general, con el modelo de proceso justo aquí enunciado, su justificación puede hallarse, como ha señalado José Miguel Rojas Bernal, en la necesidad de tutelar un derecho fundamental que, de otro modo, podría verse afectado de modo irreparable⁽⁸⁰⁾, sobre todo cuando sobre él existe por lo menos un grado razonable de certeza de los hechos en los que se funda. En otros supuestos, sin embargo, el grado de confirmación puede definirse más como uno de *probabilidad preponderante*, en lugar del más estricto canon de confirmación *más allá de toda duda razonable*, que es propia de

(79) El caso más conocido es el de la píldora del día siguiente (STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC), donde el Tribunal ante la duda de si se encontraba acreditada o no, por el demandante, el efecto abortivo que tenía la píldora, el TC resuelve declarar fundada la demanda, aplicando el principio *pro homine*. Del mismo modo, el TC ha hecho una declaración de principio en el caso *Andrea Dongo Coronado* (STC Exp. N° 2034-2009-PA/TC), con relación a las atenciones sanitarias de emergencia: “En el supuesto de existir alguna duda sobre si brindar o no un servicio asistencial, siempre ha de estarse a privilegiar la atención correspondiente, evitándose con ello eventuales casos de **irreparabilidad**” (f. j. 18). Resoluciones, en sentido similar, puede encontrarse en la Corte Constitucional de Colombia, donde, por ejemplo, ante la duda sobre la capacidad económica de la demandante para costear un examen médico para su esposo, la Corte dictaminó: “Tratándose de un caso límite, en el cual existe duda acerca de la protección de un derecho fundamental, resulta pertinente la aplicación del principio *pro homine* que ordena la adopción de la decisión que mejor se compadece con la garantía de los derechos fundamentales en juego, que en este caso se materializa en la orden del examen prescrito por el médico tratante. Lo anterior teniendo en cuenta los argumentos expuestos arriba relacionados con la protección especial de las personas de la tercera edad y la gravedad de la afección” (Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-499/07, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, f. j. 8).

(80) ROJAS BERNAL, José Miguel. “Tutela en caso de duda sobre la titularidad del derecho”. En: *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tomo 27. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2010, p. 48 y ss.

los procesos penales⁽⁸¹⁾. Así deben definirse, por ejemplo, los supuestos de amparo contra resoluciones judiciales o contra órganos constitucionales, contra decisiones de la Administración Pública, entre otros, merced a la presunción de legitimidad de la que gozan las actuaciones de estos organismos públicos⁽⁸²⁾.

Conectado con el punto anterior, es necesaria una precisión más acabada respecto de los criterios que pueden utilizarse para definir los casos en los cuales debe declararse infundada la demanda, por carecerse de los medios probatorios que definen con claridad los supuestos fácticos de la controversia, y en los que más bien deben ordenarse actuaciones probatorias que permitan esclarecer dichos supuestos. Este es un problema que requiere un estudio detallado, que no puede completarse aquí, pero que resulta muy necesario, desde que la jurisprudencia del Tribunal no ofrece, en este punto, ningún criterio de definición, oscilando muchas veces, sin argumentos, entre una u otra opción. En general, más allá de que las pruebas e indicios aportados por la parte demandante evidencien la necesidad de solicitar *de oficio* una prueba relevante, decisión que depende, por lo demás, de la sapiencia del juez; lo cierto es que podemos ubicar un *criterio objetivo* para iniciar dicha actividad probatoria, en la necesidad de realizar un *control más intenso* sobre el acto lesivo, cuando este ha incidido o viene incidiendo, de modo grave, en el derecho fundamental involucrado. Dicha constatación exige del juez, merced al *deber de protección* que este tiene sobre los derechos fundamentales, una labor más activa en la determinación de los hechos relevantes del caso, activismo que permita superar los problemas de controversia en caso de duda a que hacíamos referencia en el párrafo anterior, permitiendo de este modo el logro de una decisión justa, en los términos aquí expuestos.

c. El poder probatorio del juez en el amparo y la protección de los derechos sociales

Si la crítica realizada en este trabajo, a la consideración general según la cual el amparo solo sirve para tutelar derechos incontrovertibles

(81) Sobre los grados de confirmación de los enunciados fácticos vide GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., pp. 178-187 y 218-223.

(82) LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit., pp. 578 y 579.

(desde un punto de vista fáctico), es atendible, ello es, sobre todo, porque dicha consideración no toma en cuenta o desatiende la especial naturaleza y estructura de los derechos fundamentales de carácter social, los cuales, sin embargo y como es harto conocido, son tutelables, también, a través del proceso de amparo⁽⁸³⁾. En efecto, como han destacado, con agudeza, Víctor Abramovich y Christian Courtis:

“Las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales requieren al mismo tiempo satisfacción urgente y amplitud de prueba, pero estas dos cuestiones son excluyentes para la elección de los mecanismos tradicionales de tutela. Acciones tales como el amparo u otros similares requieren un derecho líquido, y las medidas cautelares un derecho verosímil, y en ambos tipos de procedimientos el ordenamiento procesal y la jurisprudencia restringen al mínimo el marco probatorio del proceso”⁽⁸⁴⁾.

En general, si la justiciabilidad de los derechos sociales ha sido constantemente cuestionada es, entre otras razones principales, porque la realización de estos derechos depende de una institucionalización legal e implementación material, cuya definición suele ser compleja y depende de una serie de factores, solo apreciables, en su real magnitud, por los órganos técnicos y políticos. En dicho contexto, de ordinario, resulta complicado al juez definir las circunstancias en las cuales ha existido una omisión o un actuar defectuoso por parte de las autoridades públicas en la protección de un derecho social, y que ha supuesto su desatención o afectación evidente. Sin embargo, en la doctrina se ha reconocido (y en la jurisprudencia de muchos tribunales también) que existen distintas formas de poder establecer y declarar la violación de un derecho social. Así, Juan Antonio Cruz Parcero ha opinado que:

“De [la apreciación de cada una de las posibilidades de satisfacción de un derecho social] se observa que es posible realizar evaluaciones racionales sobre el cumplimiento o no de normas de fin, pero esta evaluación tiene dos pasos, uno respecto a las acciones que se realizan para alcanzar ciertos fines y otro sobre las evaluaciones o

(83) Así lo definió tempranamente para nuestro país el TC peruano en el caso Azanca Alhelí Meza García (STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC).

(84) ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Prólogo de Luigi Ferrajoli. Trotta, Madrid, 2002, pp. 129-130.

ponderación de fines y principios que deben alcanzarse. Respecto al primero no veo razón para que se diga que eso no se puede determinar por un juez; evidentemente, como ocurre en muchos casos jurídicos, se necesitará la **consulta a expertos** y ello puede ser una razón para dudar de la conveniencia de la intervención judicial, pero si los **peritos** se usan en otras áreas del Derecho, cabe preguntar por qué eso sería inadecuado respecto a los derechos sociales”⁽⁸⁵⁾.

En este contexto, con el objeto de evaluar adecuadamente los *márgenes de acción epistémicos*, que corresponden al legislador o a las autoridades encargadas de implementar un derecho social, Laura Clérigo ha efectuado un acabado desarrollo del *test de proporcionalidad*, aplicado a situaciones de omisión en la protección de derechos sociales. Así, derivado del *mandato de prohibición de protección deficiente*, esta autora argentina ha señalado la necesidad de efectuar ciertos matices en el test de proporcionalidad que hagan posible un control constitucional material más intenso de las evaluaciones sobre “protecciones deficientes” de los derechos sociales. Estos matices pueden ser en el orden de la *carga de la argumentación y de la prueba* de la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente que, en este caso, recaería en manos del Estado; además, en el *peso* que puede alcanzar la satisfacción del derecho social en realidades como la latinoamericana, donde la importancia de un sistema educativo de calidad, de una atención médica apropiada, de subsidios de alimentación, pensiones más elevadas o empleo seguro y bien remunerado, es mucho mayor que en otras sociedades de bienestar mucho más desarrolladas⁽⁸⁶⁾.

Por su parte, en la jurisprudencia constitucional comparada también se puede apreciar una serie de intentos por superar el problema de

(85) CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Prólogo de Francisco Laporta. Trotta, Madrid, 2007, p. 99. Sobre el uso de estándares cuantitativos e indicadores de proceso y resultado en la determinación de violación de un derecho social ha efectuado una excelente investigación FELNER, Eitan. “¿Una nueva frontera para la defensa de los derechos económicos y sociales? Convirtiendo los datos cuantitativos en una herramienta para la rendición de cuentas en derechos humanos”. En: *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*. Edición en español, Año 5, Nº 9, São Paulo, diciembre de 2008, p. 117 y ss.

(86) CLÉRICO, Laura. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro (coordinadores). Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional Nº 8. Palestra, Lima, 2010, p. 155.

acreditación de la violación de un derecho social, no solo invirtiendo la carga de la prueba y poniendo en manos del Estado la tarea de adjuntar al proceso los elementos necesarios que permitan evaluar la política pública en cuestión, sino utilizando medios propios que puedan viabilizar adecuadamente esta tarea. Así, la Corte Constitucional de Colombia, en el *caso de los desplazados internos por el conflicto armado*, con el objeto de recabar la mayor cantidad de información que puedan mostrar las zonas de bloqueo estructural en la política estatal sobre los desplazados y las necesidades que estos afrontaban, elaboró y remitió una serie de “**cuestionarios sobre la atención de la población desplazada**” a distintas autoridades como la Red de Solidaridad Nacional, el Departamento Nacional de Planeación, el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Defensor del Pueblo y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Desplazamiento⁽⁸⁷⁾.

En una posición mucho más activista, la Corte Suprema de la India, bajo la dirección del juez Bhagwati, al observar que no había sido suficiente con ampliar el acceso a la Corte a los defensores de derechos humanos, a través del litigio de interés público y las acciones colectivas, empezó a crear toda una serie de nuevos mecanismos destinados a acopiar toda la información y el material probatorio necesario para evaluar las afectaciones a los derechos sociales de las poblaciones más pobres del país. Así, para el supremo tribunal resultaba “irrealista esperar que los demandantes más desventajados, o los activistas que trabajan con ellos, pudieran asegurar toda la evidencia necesaria para que los tribunales decidieran en cada caso”. De este convencimiento es que la Corte decide crear oficinas especiales al respecto, tanto como “**Comisiones de Investigación Socio-Legales**”, destinadas a colaborar con el tribunal en la adopción de sus decisiones sobre estos casos⁽⁸⁸⁾.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional, utilizando la cláusula contenida en el artículo 9 del CPConst. (en el cual se le otorgan poderes

(87) Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-025/2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

(88) Estos datos en GARGARELLA, Roberto. “Primeros apuntes para un estudio de la legitimación (*standing*)”. En: *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Democracia, Roberto Gargarella (Coordinador). Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 317 y 318.

probatorios al juez del amparo), en los principales casos sobre derechos sociales ventilados en dicha sede, ha empleado también una serie de medios con el objeto de definir las premisas fácticas de la controversia, como los informes de los *amicus curiae* y el pedido de información. Así, en el caso del *Instituto Honorio Delgado* (STC Exp. N° 5842-2006-PHC/TC), donde se solicitó al centro hospitalario todos los consentimientos informados de los pacientes psiquiátricos, así como los planos del centro para ver la distribución de los espacios y la adecuada prestación del servicio de rehabilitación mental, también se pidió la intervención de la Defensoría del Pueblo a fin de que informe, desde su experiencia, las condiciones de atención del centro psiquiátrico. Del mismo modo, en la STC Exp. N° 3081-2007-PA/TC, el Tribunal pidió la intervención del Director de Salud Mental, Doctor Hugo Lozada Roca, como *amicus curiae* a fin de que informe acerca del modo cómo se venía implementando la política nacional de salud mental; y para la resolución del caso concreto el Colegiado solicitó la participación del médico Enrique Galli.

Aun cuando sobre las actuaciones probatorias de oficio se cierre siempre la crítica de la *parcialización* a la que puede conducir al juez⁽⁸⁹⁾, lo cierto es que dichas actuaciones probatorias oficiosas no solo son necesarias, de cara a la averiguación de la verdad, sino mucho más necesaria cuando, como dijimos, se susciten afectaciones graves de derechos que, como nos ha recordado Laura Clérigo, en el caso de los derechos sociales en los países latinoamericanos son, por lo general, estructurales y suponen abandonos permanentes de poblaciones históricamente desfavorecidas⁽⁹⁰⁾; sino en cumplimiento del *principio de socialización*

(89) Sobre esta crítica ha respondido Taruffo, afirmando que mientras se encuentren garantizadas las reglas del contradictorio en el proceso y el principio de la motivación de las decisiones, incluida la motivación sobre los hechos, dichos riesgos serán infundados. Vid. TARUFFO, Michele. "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa". En: *La prueba*. Ob. cit., pp. 181-183. El profesor Néstor Pedro Sagüés, por su parte, y comentando el artículo 32 de la Ley argentina General del Ambiente 25.675 que confiere al juez el poder para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, considera que si bien dichas provisiones probatorias pueden ser necesarias de cara a brindar garantías al más débil en el proceso, una mejor solución sería, en aras de proteger la imparcialidad del juez, potenciar las capacidades de las asociaciones de derechos humanos o brindar dichos poderes probatorios al Ministerio Público. Vid. SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Activismo versus garantismo. A propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental". En: *El juez constitucional en el siglo XXI*. Tomo I. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y César de Jesús Molina Suárez (coordinadores). UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, pp. 130-132.

(90) CLÉRICO, Laura. Ob. cit. p. 127.

del proceso⁽⁹¹⁾, que supone igualar al interior del proceso, y en lo que a distribución de la carga de la prueba se refiere, a la parte que puede estar evidentemente en posición de desventaja material, frente a aquella otra (en este caso, el Estado) que ostenta, con todo el aparato institucional que maneja, una superioridad en la adquisición del material probatorio necesario para determinar los hechos en el proceso. Por lo demás, darle valor a las actuaciones probatorias del juez en este tipo de casos, refuerza una dimensión del proceso de amparo, a menudo olvidada, pero que, sin duda, tiene una gran importancia en nuestro sistema democrático: el amparo como instrumento de control político⁽⁹²⁾ o como forma de control ciudadano de los actos de los poderes públicos⁽⁹³⁾.

d. La carga de la prueba

Por último, es necesario resaltar cómo en el amparo, aquella regla del discurso práctico general según la cual corresponde a quien afirma algo (en este caso en el proceso) demostrar la veracidad de su afirmación⁽⁹⁴⁾, puede ser relativizada, debido no solo a la exigencia general de justificación que pesa sobre los poderes públicos al momento de intervenir en los derechos fundamentales, sino también a la situación de desventaja material a que hacíamos alusión líneas arriba que puede existir entre las partes en el proceso de amparo y que exige obligar al demandado (por lo general el Estado) entregar la información que se encuentra en su poder para una correcta determinación de los hechos⁽⁹⁵⁾.

(91) Artículo III, primer párrafo, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

(92) Sobre la tesis del amparo como instrumento fundamental de control del poder político, reforzado en el Estado Constitucional por la eliminación de las *political questions* y la imposición de justificaciones al poder, principalmente desde corrientes neoconstitucionalistas, ha tratado FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo". En: *Ensayos sobre el derecho de amparo*. Segunda edición, UNAM-Porrúa, México, 1999, p. 111 y ss.

(93) Esta función ha sido destacada por HÄBERLE, Peter. *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de Amparo*. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Fundap, Querétaro, 2005.

(94) Esta regla, como aplicable para el amparo, ha sido recogida, aunque sin mayor abundamiento, en SÁNCHEZ GIL, Rubén: "Notas sobre la argumentación en el proceso constitucional mexicano". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 6. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, México, 2006, pp. 305 y 306.

(95) Así, lo ha entendido también el TC peruano, cuando ha establecido la inversión de la carga de la prueba en los siguientes casos: a) La presentación del expediente administrativo a cargo de la ONP, en los supuestos de denegación de pensión de jubilación, por falta de años de aportación (STC Exp. N° 4762-2007-PA/TC, f. j. 26, caso Tarazona Valverde); y b) La presentación de los exámenes médicos de control anual y de retiro, así como los contratos de

En cuanto a la exigencia que viene impuesta por los derechos fundamentales, en la repartición de la carga de la prueba, Patricia Lopera ha sustentado dicha imposición de la carga de la prueba, también en cabeza del demandado, con base en las siguientes razones:

- a) En primer lugar, en el hecho de que dicha carga de justificación es la única coraza en la que quedan envueltos los derechos fundamentales cuando se asume una teoría de ellos como mandatos de optimización, la cual permite la limitación de los derechos, pero con base en un fin legítimo y una justificación racional.
- b) En segundo lugar, en el imperativo de justificación que tienen todos los actos del poder público en el Estado Constitucional, dada la premisa que este asume de la naturaleza instrumental del aparato estatal, cuyo fin es la protección de los derechos de las personas y la satisfacción del bien general.
- c) En tercer lugar, en la circunstancia de que, como ya se dijo, en múltiples ocasiones es el Estado o el ente que adopta la decisión quien tiene toda la información a la mano y conoce mejor que nadie las razones de su decisión.
- d) En cuarto lugar, en el hecho de que, cuando el ente estatal adopta una medida de intervención en un derecho, justificada en la realización de algún fin, probar que dicha medida no es idónea para la consecución de tal fin, puede convertirse en una *prueba diabólica*, imposible para el demandante; por lo que, para probar este hecho negativo indeterminado, los teóricos de la prueba utilizan la técnica probatoria de obligar al demandado a probar algún hecho positivo incompatible con el hecho negativo; es decir, se exige al demandado probar algún hecho que demuestre que la medida es idónea, y no al demandante probar que es inidónea.
- e) Finalmente, un quinto argumento para imponer al demandado esta carga es la necesidad de verificar que el ente responsable de la medida, en el momento que se toma la decisión, aún la respalde, pues

Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, a cargo de la entidad emplazada, cuando se deniegue la pensión de invalidez de la Ley N° 26790 (STC Exp. N° 2513-2007-PA/TC, regla h) del precedente vinculante, caso Casimiro Hernández).

pasado un tiempo (que puede superar los tres años en el trámite del amparo) quizás la afectación se haya corregido, en el propio caso o en otros similares⁽⁹⁶⁾.

En este contexto, el Tribunal Constitucional español, para el caso del amparo, ha hecho eco de esta postura de compartir la carga de la prueba, expresando que:

“Aun cuando una mimética aplicación de las reglas generales sobre distribución del *onus probando* [...] parecería inclinar el ánimo a favor de la tesis de que el demandante de amparo, en cuanto actor, tiene que probar lo injustificado de la lesión de su derecho, como hecho constitutivo de su propia demanda, un examen más atento nos debe llevar a la conclusión contraria, esto es, a la idea de que cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, dado que el supuesto que se produce es modificativo o extintivo de tales derechos, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer una justificación. Lo anterior no significa, como es obvio, negarle a la autoridad la prerrogativa de la probidad y la actuación racional. Significa simplemente que la limitación del derecho es una excepción puesta a su norma y que la **prueba** de las excepciones compete siempre al **demandado**”⁽⁹⁷⁾.

En síntesis, cuando algunos medios probatorios se encuentren en poder de la parte demandada, puede invertirse la carga de la prueba en el amparo, generando como lo hace el TC, una *regla de presunción* de verdad a favor del demandante, obligando al juez a declarar fundada la demanda, ante la falta de presentación de la prueba exigida, y siempre que el demandante haya cumplido con su parte de acreditar los demás hechos relevantes del caso que le corresponden. Por otro lado, cuando nos encontramos ante determinadas circunstancias especiales, que suponen una afectación o intervención grave en el ámbito de determinados derechos fundamentales, especialmente considerados, como la vida o la integridad física, puede generarse también una inversión en la carga de la prueba, que no solo exija al ente demandado las

(96) LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit., pp. 580-584.

(97) STC 37/1998 del Tribunal Constitucional español.

cualificadas justificaciones que suponen dicha intervención, sino que obligue al juez a interdictar dicha medida, declarando fundada la demanda y tutelando efectivamente el derecho fundamental.

Del mismo modo, debe procederse –en nuestra opinión– en los casos que supongan una desatención estructural y permanente o un trato discriminatorio a algún grupo especialmente desfavorecido de la sociedad. Aquí, –creemos– es tarea del juez escrutar intensamente las razones que han llevado al ente estatal a intervenir o desatender a este grupo, solicitándole las pruebas que sean necesarias para que logre demostrar la bondad de las razones que justifican dicha intervención u omisión. En dicha línea, deberá finalmente condenar al demandado por la violación del derecho fundamental, si este no ha logrado justificar su actuación; tutelando, por consiguiente, el derecho fundamental vulnerado y ordenando las medidas que sean necesarias para superar el estado de cosas inconstitucional en el que se encuentra el demandante, individualmente considerado, o como colectivo especialmente desfavorecido. Se convierte pues, en estos casos, el juez, a través del proceso de amparo, como señalábamos líneas arriba, en el verdadero contralor del poder político, y en el guardián en el que descansa, en última instancia, la tarea de resguardar los fines en los que se sostiene el Estado Constitucional.

Esta ruta de interpretación de la prueba en el amparo, algo más exigente con las razones por las cuales se declara la improcedencia de este proceso, con el poder del juez de procurar oficiosamente la averiguación de la verdad, y con la obligación de los entes estatales de justificar también en el seno de un proceso judicial las intervenciones en los derechos; en suma, la postura defendida en este ensayo, de lograr también en el amparo una decisión justa basada en la verdad como valor esencial de una concepción publicista del proceso y en la protección de los derechos fundamentales como valor esencial de una sociedad justa, tiene un respaldo importante en la recentísima sentencia del Tribunal Constitucional peruano, donde en el caso *Miguel Armando Cadillo Palomino*, en el que el recurrente peticionaba su inclusión en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, el cual supuestamente se le había negado por un motivo de discriminación basado en incapacidad física, el TC efectúa las siguientes consideraciones sobre la prueba en este proceso constitucional:

"Por último, el recurrente alega en su demanda que el acto administrativo contenido en la Carta N° 06000-2009-MTPE, vulnera su derecho a la no discriminación por motivos de discapacidad. Y en relación a este extremo, manifiesta lo siguiente:

'Efectivamente, lo que oculta la referida resolución (...) es una evidente discriminación –que ciertamente no se desprende del tenor literal de la resolución, pues ninguna autoridad pondría tal motivo de manera expresa– pues se colige de contrastar la documentación que presenté para mi incorporación en la lista y lo resuelto finalmente por la referida Secretaría Técnica. Pues a pesar de cumplir los mismos requisitos que las personas que he citado (...) no he recibido el mismo tratamiento, por lo que es razonable la convicción de que esto ha sido por mi especial situación de discapacidad, pues ello es lo que me distingue de las demás personas a las que se reconoció el derecho a ser inscrito (...)'''.

A juicio de este Tribunal, el problema advertido por el demandante en este punto se encuadra dentro de aquello que la doctrina denomina "discriminación indirecta", que es aquella en la cual el trato desigual no se manifiesta de forma clara o evidente, razón por la cual es necesario acudir a elementos de prueba adicionales a fin de acreditar que el trato discriminatorio se ha producido.

Siendo ello así, corresponde ahora a este Tribunal añadir que, cuando la discriminación *indirecta* se funda en un criterio sospechoso o potencialmente discriminatorio, el acto u omisión que la genera debe reputarse, en principio, inconstitucional.

Al respecto, se entiende por "categorías sospechosas" o "especialmente odiosas" a aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una **presunción de inconstitucionalidad**, la cual solo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable.

En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su artículo 2, numeral 2) que “[t]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, y agrega a continuación que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de **origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica** o de cualquier otra índole”, debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares.

Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación, sea esta *directa* o *indirecta*, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas: i) en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, *probar* que dicha discriminación no se ha producido; ii) en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un *control estricto*, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la *imperiosa necesidad* de la misma; y finalmente iii) en caso de *duda*, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada.

En cuanto al análisis del caso sublitis, y según se dijo en el fundamento 24 de la presente sentencia, se aprecia que el acto administrativo contenido en la Carta N° 0600-2009-MTPE no ofrece ningún elemento de justificación en relación con la no aplicación del principio de analogía vinculante al caso del demandante, establecido en el artículo 3 de la Ley N° 29059; por lo que, al haberse demostrado en el fundamento 25 *supra* que dicho proceder de la demandada ha vulnerado el derecho del recurrente a la igualdad en la aplicación de la ley, cabe concluir que en el presente caso se ha producido un supuesto de discriminación indirecta basada en un “motivo sospechoso” que, en este caso, no es otro que la discapacidad física del demandante. Por consiguiente, la demanda debe ser estimada también en este extremo⁽⁹⁸⁾.

(98) STC Exp. N° 2317-2010-PA/TC, ff. jj. 30-35.

Instituciones probatorias en el amparo

Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ^(*)

El autor identifica cuál es el paradigma de prueba en virtud del cual se ha estructurado el proceso de amparo, concluyendo que para que este proceso funcione adecuadamente se exigen pruebas evidentes. A este respecto, analiza si las llamadas pruebas indirectas o los indicios y presunciones pueden ser calificados como pruebas evidentes, sin dejar de advertir el riesgo en su uso debido a la necesidad de emplear máximas de experiencia. Analiza también la carga de la prueba y si efectivamente en el proceso de amparo existe como regla una inversión de esta, tal como lo postula el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos. Relacionado con ello pasa a estudiar las llamadas cargas probatorias dinámicas aplicadas por el Tribunal Constitucional en el proceso de amparo, los riesgos que ello supone y las posibilidades de sustituir su aplicación por presunciones. Finalmente, analiza los principios de prevención y de precaución aplicados por el Tribunal Constitucional a temas de medio ambiente y salud, verificando que el principio de precaución rompe con el paradigma probatorio del amparo.

1§. La prueba en el amparo nos ha llamado la atención desde épocas universitarias. Pensar en un proceso sin etapa probatoria es

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado de Miranda & Amado Abogados S.C.R.L.

sencillamente fascinante⁽¹⁾, pues es inobjetable la lógica según la cual: si alguien cuenta con un medio de prueba contundente sobre la vulneración de sus derechos, se justifica que su pretensión se tramite en una vía de sumarización material y formal, pues la controversia no requeriría mayor discusión probatoria.

En efecto, desde antes que entrara en vigencia el actual Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional (TC), la doctrina nacional y nuestros profesores nos enseñaban que para solicitar tutela a través de un proceso de amparo se requería que la agresión o amenaza denunciada sea acreditada con medios probatorios de donde se derive, de modo manifiesto o evidente, el hecho denunciado. Este parece ser un requisito típico o, si se quiere, esencial del proceso de amparo, pues en el sistema argentino de tutela de derechos fundamentales, del cual es tributario nuestro ordenamiento (al menos en este extremo), se dice que el amparo procede contra los actos u omisiones que alteren o amenacen derechos con “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”⁽²⁾. Asimismo, en Brasil se dice que para la procedencia del mandado *do segurança* se requiere prueba “líquida y cierta” de la agresión al derecho.

En términos sencillos, ello significa que en el proceso de amparo se deben ofrecer medios probatorios que de manera casi inmediata permitan al órgano jurisdiccional –y a cualquier mortal– certificar la veracidad o la alta probabilidad de que los hechos denunciados son como efectivamente se han afirmado. Desde sus inicios, el TC predicaba que el amparo podía activarse “siempre que se acompañe

(1) **Código Procesal Constitucional**

Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa”.

(2) En estricto esa exigencia está prevista en el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina. Sin embargo, en forma acertada precisa Rivas (2000:40) que tal disposición incurre en un error conceptual, debido a que el calificativo “manifiesto” solo es predicable respecto de hechos, mientras que los conceptos “ilegales” y/o “arbitrarios” son vicios jurídicos: “una cosa es la conducta lesiva y su prueba (cuestión de hecho) y otra la calificación de la misma de acuerdo a derecho (...) si el juez ‘sabe’ el Derecho (*iura novit curia*) es incongruente y constituye un sinsentido jurídico imponerle que aprecie con gradación el ajuste o apartamiento de tal conducta con respecto al ordenamiento normativo”.

prueba fehaciente de la vulneración constitucional" (STC Exp. N° 0396-2000-AA/TC, f. j. 1). Reiteradamente se dejó sentado que "las acciones de garantía constituyen sumarísimos mecanismos procesales de defensa pero solo respecto de derechos constitucionales traslúcidos y evidentes" (STC Exp. N° 0349-97-AA/TC, f. j. 5).

No obstante, cada vez que pensábamos descubrir cómo es que funcionaba la prueba en el amparo, nos dábamos de bruces con la realidad, con casos específicos que sugerían, p. e., que en el amparo se pueden actuar pruebas de oficio ante la insuficiencia del material probatorio; que en algunos casos esto último no es justificación para desestimar la demanda; que no es exigible ofrecer medios probatorios contundentes sobre la amenaza o lesiones de ciertos derechos para declarar fundada la demanda; que en estricto no es demandante quien tiene que acompañar medios de prueba contundentes sobre la lesión que invoca, bastándole con ofrecer indicios.

La prueba en el amparo que parecía ser una institución ya acabada, presenta ahora nuevos matices que requieren ser precisados. En este intento por tratar de dar coherencia al asunto que nos convoca, recurriremos a las instituciones del proceso civil para advertir cómo es que funciona el sistema probatorio construido desde hace mucho por los maestros de la doctrina procesal y, a partir de allí, verificar si las incongruencias presentadas en la prueba del amparo son en realidad tales o si se trata de una errónea comprensión de los institutos probatorios.

2§. Desde hace un tiempo defendemos la siguiente idea: la exigencia de lograr una tutela urgente y oportuna impuso en el amparo una estructura procedural que limite las posibilidades probatorias de las partes (se exige prueba evidente). Ese es el motivo por el cual los procesos constitucionales carecen de estación probatoria. En efecto, de no ser así, tales procesos llamados a ser de tránsito menos prolongado no cumplirían con su primordial finalidad (cfr. Velásquez, 2009: 223; 2010: 30).

Este razonamiento pretende ser solo una concretización de las razones que justifican la creación de las llamadas tutelas diferenciadas. Sobre el particular Baptista Da Silva (1997: 94) nos dice que "si el Derecho Procesal quiere cumplir su función instrumental, la primera regla

que debe seguir es mantenerse fiel al derecho material que debe hacer efectivo. Es necesario, para que esa función sea atendida, que entre los procedimientos y las respectivas acciones (de derecho material), que le dotan de contenido, se mantenga una constante relación proporcional, según la cual los procedimientos crezcan en la medida que se reduzca la *evidencia* de las respectivas pretensiones de derecho material, cuya realización se busca a través de la acción (igualmente de derecho material). Debe, o por lo menos debería, en un sistema ideal de tutela jurisdiccional, cada procedimiento crecer en razón inversa al grado de evidencia del derecho sometido a apreciación judicial".

Quien fuera el Presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina cuando dicho país incorporó por vía pretoriana el amparo, Alfredo Orgaz (1961: 57), precisaba desde un inicio que en dicha vía se exige que el hecho acusado de lesionar los derechos "ha de ser (...) 'manifiesto', pues de otro modo no se justificaría el procedimiento sumario".

El amparo, exige, en suma, instrumentos que permitan acreditar de manera contundente los hechos que amenazan o lesionan derechos constitucionales, situación que permite construir un proceso material y formalmente sumarísimo, de tal suerte que incluso carece de etapa probatoria. Por lo general encontramos pronunciamientos del TC que van en línea con esta posición, así en la STC Exp. N° 0474-2008-PA/TC (f. j. 7) se deja en claro: "Que los procesos constitucionales tienen un carácter sumario ya que son procesos configurados para la defensa de derechos constitucionales cuya vulneración es manifiesta y evidente, por lo que carecen de una etapa procesal de actuación de pruebas, según lo dispone el numeral 9 del Código Procesal Constitucional. En efecto, la tutela de los derechos constitucionales se encuentra condicionada a que en la dilucidación de la controversia, la lesión del derecho constitucional o la amenaza que a este se produzca sea de tal manera evidente que no sea necesario transitar por una previa estación probatoria".

No obstante, existen también pronunciamientos contradictorios del mismo TC que niegan la virtualidad de la posición apenas citada. En pocas palabras, en la STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC (f. j. 3) se nos dice que "la inexistencia de estación de pruebas (...) no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y objeto del

proceso” que, según nos dice, se reduce principalmente a definir cuál es la interpretación constitucional legítima que corresponde en cada caso. Razonamiento que, por cierto, puede ser harto complejo para los operadores jurídicos.

Disentimos de tal posición porque implicaría reconocer que la interpretación de las normas jurídicas son las que definen la construcción de los procesos judiciales, cuestión totalmente errada. Siguiendo las líneas trazadas por Galeno Lacerda (1976: 162) diremos que en el entendido que los procesos son instrumentos de tutela de los derechos, se les exige que se adecuen a estos últimos, teniendo en cuenta para dicho fin factores subjetivos, objetivos y teleológicos⁽³⁾ de la causa, ninguno de los cuales pone su centro de atención en la interpretación de las normas jurídicas.

Nos atrevemos a deducir que el TC asume que al requerirse *pruebas evidentes*, la acreditación de hechos no es un asunto que deba preocupar al juez constitucional, siendo más relevante en el proceso definir la interpretación que corresponde. Veamos:

La STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC, evocando la estructura alternativa que antes tuvo el amparo, señala que tal proceso no tiene estación probatoria, porque allí no se dilucida la titularidad de los derechos que

(3) El primero de los factores tiene que ver con los sujetos que intervendrán en el proceso, lo que en algunos casos justifica la construcción de procesos donde la legitimidad para obrar activamente sea abierta para toda persona (p. e. hábeas corpus, acción popular, tutela de intereses difusos) o cerrada (p. e., todos los procesos en donde solo los titulares del derecho invocado o sus representantes pueden demandar); o donde la legitimidad para obrar pasiva altera las reglas generales de competencias (p. e., la necesidad de acudir a la vía contencioso-administrativa cuando el demandado sea el Estado).

La adecuación objetiva se da respecto de la disponibilidad o indisponibilidad del bien jurídico material que se busca proteger. En otras palabras, se justifican construcciones procesales especiales allí donde se buscan tutelar bienes indisponibles (p.e. procesos laborales, de alimentos, constitucionales, etc.). Tal situación repercute sobre asuntos como el impulso procesal que tendrá el proceso, la extensión de los poderes del juez y de los derechos, deberes y cargas de las partes, los efectos de su aquiescencia, la disponibilidad en cuanto a las pruebas, entre otros.

Finalmente, la adecuación teleológica del procedimiento se relaciona con la finalidad última que se busca a través de él, con el valor último al que quiere dar prevalencia. Así, los procedimientos sumarios responden a la necesidad de una rápida composición del conflicto (p. e., el proceso de amparo). La urgencia es el valor prevalente en ellos. Ahora, cómo acercarse a esa finalidad es harina de otro costal. Tiene que ver, entre otras cosas, principalmente, con la summarización formal y material del procedimiento (sobre esto último Cfr. Watanabe, 2000: 111)

se invocan, sino solo su restablecimiento. "Ello supone que quien solicita tutela en esta vía, mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado".

Vamos por partes. Según el TC en el amparo se debe tener en cuenta dos cuestiones. Una primera referida a la titularidad del derecho, asunto que no debe exigir mayor esfuerzo probatorio, pues constituye un presupuesto para activar el amparo el ostentar en forma incuestionable tal titularidad, conforme versa reiterada jurisprudencia del TC. Aquí, se exige *prueba evidente* de la titularidad, de tal forma que en el amparo no se admitiría una discusión sobre si el demandante ostenta o no el derecho invocado. Suele ocurrir que la titularidad de casi todos los derechos constitucionales no necesita de mayor prueba, p. e., derecho a la libertad de expresión, a la vida privada, etc., pero otros derechos sí requieren acreditar la titularidad en ciertas situaciones, por ejemplo, propiedad de un bien inmueble, en tal caso la *prueba evidente* sería la inscripción registral del bien se identifica al titular del mismo.

Visto ello, la segunda cuestión a ser acreditada es la existencia del acto lesivo o amenazante. Aquí es donde sí que se pueden presentar problemas de prueba y sobre los cuales también se exige *prueba evidente*. Sin embargo, pareciera que el TC asumiera que se trata de un asunto menor, como si la acreditación de los hechos denunciados fuera siempre una tarea sencilla de ser superada. Si no fuera así por qué afirmaría que el amparo es "un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional" de tal suerte que "los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional". Tales afirmaciones denotan que, para el TC, la previa dilucidación de los hechos sobre los que recaerá la calificación jurídica constituye una tarea que no debería generar mayores problemas para el juez constitucional.

No dejaría de tener razón el TC pues si se cuentan con *pruebas evidentes*, entonces los hechos ya han sido definidos con un grado bastante *aceptable* de seguridad, siendo por ende lo más problemático definir la interpretación constitucional que corresponde. Sin embargo,

de ello no puede deducirse que el proceso de amparo fue construido sin etapa probatoria porque lo importante es la interpretación constitucional. Identifiquemos bien los elementos en cuestión: (i) cuál es la *causa* de un proceso sin etapa probatoria: la existencia de *pruebas evidentes* que hacen rápida y segura la dilucidación de los hechos; (ii) cuál es la *consecuencia* de esa estructura: la interpretación de la Constitución pasa a ser lo más problemático en el proceso. Lo que hace el TC es confundir la consecuencia con la causa que justifica la peculiar construcción del amparo.

Por consiguiente, consideramos desacertada la posición que asume el TC en la STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC y los que pretenden seguir esa línea de argumentación; y, por el contrario, mantenemos que el amparo debe su estructura sin etapa probatoria al tipo de material probatorio que lo acompaña. En efecto, *en su intento por brindar tutela urgente, el amparo impone que solo atenderá las causas donde existan pruebas evidentes, pues de no ser así la complejidad de la causa conspiraría contra su sumariedad*. Este, con algunas matizaciones conceptuales que veremos más adelante, es en general el paradigma probatorio del amparo, pero que al parecer viene siendo objeto de sendos cambios.

Para advertir tal aserto es necesario hacer breves referencias a algunos puntos clave de la teoría de la prueba y verificar cómo es que han sido aplicados en el caso de los procesos de amparo.

3§. No obstante, antes de entrar a ese análisis, cabe preguntarse qué ocurre si en el proceso no existen elementos probatorios de actuación inmediata, necesitándose para la resolución de la causa de *medios de prueba* que requieren de actuación. En tales casos la demanda de amparo se encuentra incursa en la causal de improcedencia prevista por el artículo 5, numeral 2, del CPCConst, dado que existen vías específicas y más adecuadas que el amparo para atender la controversia, debiendo por tanto declararse improcedente la demanda y dar así la posibilidad al demandante de que traslade su pretensión a la vía ordinaria que sí cuenta con estación probatoria. En esa línea, el TC ha señalado que:

“Que, el hecho de que este Colegiado desestime la presente demanda esencialmente por las razones de insuficiencia probatoria

(...) no significa que se esté pronunciando a favor o en contra de la legitimidad en torno de la pretensión de fondo, sino únicamente subraya la necesidad de que la demanda interpuesta, en caso de que resulte replanteada, sea canalizada con mayores elementos de discernimiento que los que actualmente aparecen en el expediente (...). Que conforme al inciso 2) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales son improcedentes (...) si el afectado dispone de otros mecanismos en la vía judicial ordinaria que tienen también la finalidad de proteger el derecho constitucional presuntamente vulnerado y estos son igualmente idóneos para la defensa de sus derechos que considera lesionados, debe acudir a ellos debido al carácter residual del proceso de amparo" (STC Exp. N° 04874-2008-PA/TC, ff. jj. 7 y 9).

"El amparo no resulta la vía idónea para dilucidar la materia controvertida, pues para ello se requiere de una estación probatoria adecuada, de la cual carecen los procesos constitucionales como el presente, en los cuales solo procede estimar la demanda cuando la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales resulte evidente y sea plenamente acreditable con las instrumentales acompañadas a la demanda o recabadas durante el proceso, lo que, sin embargo, no sucede en el caso de autos" (STC Exp. N° 9745-2006-PA/TC, f. j. 4).

"Que a juicio del Tribunal Constitucional, la controversia de autos no puede ser dilucidada en sede constitucional sino en la vía ordinaria, no solo porque, a tenor de lo dispuesto por el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales, como el proceso de amparo incoado, carecen de estación probatoria, sino fundamentalmente por cuanto se advierte de los actuados y de lo expuesto por el recurrente que se requiere de la realización de determinadas diligencias, tales como una inspección ocular, que permita aclarar la controversia" (STC Exp. N° 02038-2010-PA/TC, f. j. 3, entre otras muchas decisiones).

Queda claro entonces que la relación entre el proceso de amparo y las vías ordinarias es de complementariedad en la medida que mientras el primero es útil, idóneo, adecuado o, si se quiere, "más satisfactorio" para atender causas donde se pueda acreditarse los hechos

de la controversia mediante *pruebas evidentes*; el segundo se muestra más pertinente cuando la dilucidación de la controversia necesita de medios de prueba que requieren de actuación, cuando la causa exige un proceso con estación probatoria.

En resumen, si no contamos con medios de prueba de actuación inmediata, sino que solo podemos ofrecer elementos probatorios que requieren de ciertos actos adicionales para acreditar la existencia del hecho demandado, lo más recomendable será acudir a una vía procesal donde sí se puedan actuar tales pruebas, que sí cuente con estación probatoria, como es el caso de las vías ordinarias. Poniéndose en ese escenario, Espinoza-Saldaña (2003: 263) explica que “[s]i contamos con dos instrumentos procesales que en rigor permitirían satisfacer a las mismas partes la misma pretensión y en base a un mismo interés (...) una pauta a definir cómo actuar debiera ser la de cuán complejo es acreditar nuestra posición en el litigio, y con ello, alcanzar la pretensión que nos movilizó a acudir a un sede jurisdiccional. Si el grado de dificultad es relativamente alto, mal negocio sería acudir a una vía procesal carente de etapa probatoria como el amparo, y más aconsejable se presenta el interponer una demanda [en la vía ordinaria]”.

En caso no se siga esa esencial pauta, la demanda de amparo sería declarada improcedente por existir una vía más satisfactoria para atender la controversia, es decir, por no adecuarse al paradigma probatorio que impone el mencionado proceso constitucional.

Visto esto, corresponde que nos adentremos en el desarrollo que han tenido algunos temas esenciales de la teoría probatoria, para luego verificar cómo es que se manifiestan en el proceso de amparo.

4§. Quien en un proceso judicial quiera obtener un beneficio reconocido en una norma jurídica, primero, debe realizar *afirmaciones* o *alegaciones* que describen que determinado acontecimiento o situación se ha dado. Las hipótesis fácticas que propongan las partes podrán versar sobre hechos, entendidos como sucesos exteriores o interiores a los hombres. Decimos que se tratará de *hechos internos*, p. e., cuando se busca acreditar que un sujeto golpeó a alguien con el firme propósito de asesinarlo, propósito que por cierto solo se vislumbra en forma indubitable en el fuero interno del imputado. Por el

contrario, acaecen *hechos externos*, p. e., cuando los enunciados propuestos por las partes se refieren al lugar, la hora o circunstancias en que se realizó la golpiza.

A las *afirmaciones* introductorias del actor, le siguen las del demandando, de tal suerte que el juez actuará sobre los datos llevados al proceso por ambas partes. El principio dispositivo impone que sean solo aquellos quienes con sus *alegaciones* definan las hipótesis fácticas en torno a las cuales girará el proceso.

Naturalmente, cada sujeto actuará inducido a la satisfacción de sus intereses particulares, de modo que no basta con que los hechos narrados sean presentados como verosímiles o lógicos. Para que el juez *acepte* las premisas propuestas, para vencer en el proceso, es necesario, además, acompañar a tales aserciones elementos que permitan demostrar, en la mayor medida posible, su existencia. Recuerda Serra Domínguez (2009: 24) que “Dios (...) no tiene necesidad de proceso. Basta la exposición de las afirmaciones de las partes para que pueda pronunciar la sentencia justa. En cambio, los hombres en cuanto fiables y mendaces, requieren inexcusablemente comprobar la exactitud de las diversas afirmaciones que otros hombres les proponen. Y es de esta comprobación de donde surge la esencia de la prueba”.

Se espera entonces que quien sería el beneficiado con las *afirmaciones* demuestre –dentro de lo humana y procesalmente posible– su veracidad. Es para efectos de esa *demostración* que entra a tallar la *prueba*, si la parte que vertió *afirmaciones* quiere obtener un resultado favorable en el proceso debe *probar para vencer*.

5§. Clásicamente se ha entendido que la prueba tiene por finalidad alcanzar la verdad de los hechos, por ejemplo, Ricci (s/f: 22) señalaba que “la prueba, en efecto, no es un fin por sí mismo, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad”; por su parte, Mattirolo (1933: 233) señalaba que “en su aspecto más general, las pruebas son los medios de conocer y dar a conocer la verdad (...), medios con los cuales las partes litigantes demuestran a la autoridad judicial la verdad de un hecho alegado y comprobado”. Esta clásica propuesta de que el norte de la prueba es la verdad de los hechos, de ningún modo implicó un desconocimiento

sobre las limitaciones de la prueba judicial⁽⁴⁾ para certificar la veracidad de los hechos. Los autores clásicos eran conscientes que tales limitaciones pueden conllevar a que en algunas ocasiones se den por probados enunciados sobre hechos falsos.

Explica Ferrer (2005: 61) que tales limitaciones generaban dos alternativas excluyentes y exhaustivas: o bien se abandonaba la definición de prueba en términos de verdad, o bien se sostenía que donde se declaró probado un enunciado falso, en realidad, no estaba probado. Para escapar de ese dilema la doctrina alemana (seguida por la mayoría de la doctrina europea) postuló una distinción entre verdad material u objetiva y verdad formal o judicial. La primera se genera fuera del proceso, de modo que la verdad material de un enunciado dependerá de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirma; esta es, precisamente la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial. En cambio, la verdad formal es la obtenida en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Si bien puede coincidir o no con la verdad material, será aquélla la que gozará de autoridad jurídica, de manera que la declaración de hechos probados que hace el juez deviene en verdadera (en sentido formal).

No es este el lugar para desarrollar toda la gama de críticas que se formularon contra la distinción entre verdad material y verdad formal⁽⁵⁾, baste con señalar que en la actualidad la mayoría de los autores

(4) Con respecto al marco limitador que imponen el derecho y el proceso a la prueba Ferrer (2005: 57) sostiene que aquel está constituido por tres elementos. El primero tiene que ver con los límites que impone el propio proceso judicial en cuanto tal, dado que la actividad probatoria está circunscrita a un lapso temporal determinado. El segundo ataúe a la institución de la cosa juzgada, la que –en términos rudimentarios– delimita la discusión jurídica y con ello la prueba. Finalmente, el tercero tiene que ver con las limitaciones impuestas por las reglas sobre la prueba, las cuales pueden a su vez distinguirse en las reglas que versan sobre la actividad probatoria (inicio/final de la fase de prueba, formas para el ofrecimiento de la prueba, iniciativa probatoria, etc.), las que se refieren a los medios de prueba (tipo de material probatorio que puede ofrecerse, forma en que se actúa, etc.) y las reglas que versan sobre el resultado probatorio (sistemas de libre valoración o de prueba legal).

(5) De modo referencial citamos la síntesis que hace el profesor Ramos Méndez (2008: 590) sobre la posición que esgrimió uno de los principales opositores a esa tesis: “Como ya puso de relieve Cornelutti, la prueba no va encaminada a demostrar la verdad de unos hechos, su realidad. Dicha meta excede de las limitaciones del propio juicio. No es que la verdad haya de ser pura como el agua o, si no, no es verdad. También el agua impura es agua. Tampoco se ha de construir por ello un concepto de verdad material (la realidad), distinto del de verdad formal (la que resulta del juicio). El dilema lo ha resuelto acertadamente el propio

han optado por abandonar la pretendida identificación entre prueba y verdad. Existiendo ahora una posición mayoritaria según la cual la relación entre ambos conceptos es más bien teleológica, en tanto se estima que la verdad constituye la finalidad última de la actividad probatoria: “El juez debe hacer con la verdad lo mismo que hace el navegante: enfilar proa hacia la estrella polar que le servirá de norte aunque jamás piense en amarrar a su vera” (Muñoz Sabaté, 1997: 50).

Siendo así, se admite sin mayores problemas que la decisión judicial no necesariamente se funda en una certeza absoluta o, si se quiere, matemática sobre los hechos controvertidos, sino que toma como base una apreciación sobre diversos elementos que indican y llegan a convencer al juez con un grado *aceptable* de probabilidad (dependiendo de las exigencias de cada proceso) de que los hechos han ocurrido de una y no de otra manera. Se debe asumir entonces que en todo proceso existe la posibilidad de razonamientos errados.

Cuando hablamos entonces de verdad de los hechos, estamos refiriéndonos no a una verdad absoluta e incuestionable, sino a una verdad circunstancial, que se deriva de los elementos existentes en determinado proceso judicial.

6§. De acuerdo a la naturaleza del proceso puede variar el grado de exigencia para acercarse a la verdad de los hechos. En el amparo tal grado de acercamiento es definido por la doble naturaleza de tal proceso.

Al respecto, el TC precisa que “en el estado actual de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, *los procesos constitucionales persiguen no solo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la comprenden la tutela objetiva de la Constitución. Pues la protección de los derechos fundamentales*

Carnelutti: La pregunta *quid est veritas?* hay que contestarla con otra: *quid est iudicium?* La prueba en cuanto actividad procesal, revierte sobre las afirmaciones de las partes para corroborarlas con nuevas afirmaciones instrumentales. El resultado de la prueba es el único que se puede conseguir en el juicio. Pero, todavía más allá del estricto resultado probatorio, está el resultado del juicio; la creación de la realidad jurídica. La única verdad jurídica es esa, la que resulta del juicio. La prueba es un eslabón más de la cadena de juicios que conducen al juicio definitivo. Todos fenenecen en ese momento. La realidad jurídica no resulta de la prueba, sino del juicio jurisdiccional”.

no solo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales. Siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro” (STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC, f. j. 11).

De acuerdo a ello, tanto en los casos en los que se invoca la vulneración o amenaza concreta contra un derecho fundamental (lo que ocurre con los llamados procesos de la libertad), como en aquellos casos donde se alega la contravención *in abstracto* de la norma constitucional por una ley (tal como sucede con los procesos orgánicos)⁽⁶⁾, el objeto de protección es el mismo: el efectivo cumplimiento de los mandatos constitucionales, la supremacía de la Constitución. En suma, al amparo del artículo II del CPCConst, podemos decir que “*todo*” proceso constitucional tiende, al mismo tiempo, a la protección de una dimensión subjetiva y objetiva de la Constitución Política.

(6) Cabe recordar que en atención a los fines de los distintos procesos constitucionales, el TC solía tomar como referencia la clásica distinción de Cappelletti entre procesos constitucionales de la libertad y procesos constitucionales orgánicos. Por un lado, los *procesos constitucionales de la libertad* se entienden destinados a la tutela de derechos fundamentales frente a las agresiones o amenazas que se generen (amparo, cumplimiento, habeas corpus, habeas data). La idea de estos procesos es la resolución del conflicto generado, si se quiere, a través de un control concreto de la constitucionalidad o no en el comportamiento de las partes del proceso. Por lo pronto, puede notarse que al menos por la materia a ser resuelta (cumplimiento o no de las normas constitucionales), la resolución del caso, en principio, no interesa solo a las partes, de modo que estas no tendrían entera disponibilidad de la controversia y, por ende, mucho menos del proceso, tal como ocurriría con procesos civiles donde la materia controvertida puede ser enteramente disponible por las partes. De otro lado, se entiende como *procesos constitucionales orgánicos* a los destinados a la realización del principio de supremacía constitucional y de legalidad (el proceso de inconstitucionalidad y el de acción popular). Aquí la tutela está dirigida a la protección directa y consecuente eficacia de las disposiciones constitucionales, a asegurar la supremacía constitucional, efectuando para ello un control abstracto entre la disposición normativa cuestionada y la Constitución.

Por tanto, el diseño de los procesos constitucionales no solo está pensado en función a la satisfacción de los intereses de las partes del proceso, sino también en función a la realización de una correcta aplicación de las normas constitucionales, para lo cual es necesario el mayor acercamiento posible a la verdad de los hechos. Adquiere sentido entonces el hecho de que en el amparo se exija *prueba evidente* de la lesión o amenaza invocada, dado que –como veremos– así se asegura que la decisión se acerque en un grado bastante alto a la verdad de los hechos.

7§. Ahora bien, con respecto al *objeto de la prueba* debemos señalar que el mismo no es demostrar los *hechos* de la controversia, sino comprobar las *afirmaciones relacionadas con tales hechos*. Miranda Estrampes (1997: 34) señala que los hechos no se prueban, pues existen en el mundo exterior con independencia del resultado de la prueba. Lo que en el proceso sí es susceptible de demostración son las *afirmaciones* relacionadas a tales hechos: “La convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones formuladas por una de las partes no conlleva, *per se*, la determinación de la existencia de los hechos sobre los cuales se han realizado tales afirmaciones. De igual modo el no convencimiento del juez acerca de su exactitud no implica necesariamente que el hecho no existió en la realidad (...). Esto nos permite concluir que la prueba procesal no es un proceso de demostración de la existencia o inexistencia de un hecho (...) aspira únicamente a persuadir al Juez de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes”.

Desde esta perspectiva encuentra sentido que se predique la verdad/falsedad de los *enunciados descriptivos* sobre hechos, pues los hechos en sí mismos no son verdaderos o falsos, sino que existen o no. No ocurre lo mismo cuando se trata de *enunciados valorativos* sobre hechos, es decir, que contenga la calificación de un hecho, en cuyo caso el enunciado no podrá ser tenido en términos de verdad/falsedad, sino en términos de fundado/infundado o compatible/incompatibles con los valores desde donde se juzga (sin perjuicio de tal precisión, para mayor simplicidad usaremos en forma indistinta los términos *hechos* y *afirmaciones*).

8§. De acuerdo a ello y a lo advertido líneas atrás (supra 4§), en el amparo el *objeto de la prueba* son las *afirmaciones* que hacen las partes en torno a la existencia de hechos que pueden alterar derechos fundamentales. Conforme a reiterada jurisprudencia del TC, *no es objeto de la prueba* establecer la veracidad o no de las *afirmaciones* orientadas a determinar la titularidad del derecho invocado. Ser el titular indiscutible del derecho constitucional que se alega es un presupuesto que debe concurrir para poder activar la vía de amparo.

El primer párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional dispone que los llamados procesos constitucionales de la libertad “tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...). Una primera lectura de tal dispositivo nos permite identificar que el amparo brinda tutela contra las *afirmaciones* referidas a *acciones* calificadas de lesivas o amenazantes que incidirían sobre los derechos fundamentales. Aun cuando es cierto que las *omisiones* por definición se contraponen a las *acciones*, no se requiere mucho esfuerzo para advertir que la tutela que brinda el amparo alcanza también a aquellas, de tal suerte que en realidad el dispositivo antes citado proscribe cualquier medida de naturaleza humana o normativa (piénsese en el “amparo contra ley”) que incida de manera ilegítima sobre derechos fundamentales.

Afirmaciones que versen sobre acciones u omisiones son los que constituirán el objeto de prueba en el amparo. Una u otra pueden generar tanto *lesiones* efectivas de derechos, como *amenazas*. Veremos más adelante que la nota característica de ambas es que requieren *prueba evidente* de su configuración. Es decir que tanto la *lesión* como la *amenaza* sean hechos acreditados de manera fehaciente, indubitable.

Es conveniente precisar que para el caso de las *amenazas*, el artículo 2 del Código Procesal Constitucional exige que aquellas sean ciertas y de inminente realización. “La certeza está referida a la veracidad de la amenaza, es decir, la seguridad objetiva de que esta va a acontecer no por suposición subjetiva del recurrente, sino porque el juez la encuentra objetivamente planteada en el caso concreto” (STC Exp. N° 2516-2003-AA/TC, f. j. 2), exigiéndose para ello que “existan

elementos que permitan crear convicción de la certeza (...) de la ejecución de la amenaza que alega el demandante" (STC Exp. N° 1029-2001-AA/TC). En otras palabras, debe existir un alto grado de probabilidad de que cambiarán las circunstancias existentes al momento de interponerse la demanda de amparo, cambio que es calificado como peligroso para los derechos del amparista.

Por lo tanto, los hechos que legitiman la interposición de la demanda de amparo tanto cuando se invoquen *amenazas* como *lesiones* efectivas, requieren ser acreditados en forma indubitable (mediante *medios de prueba* que no requieran actuación).

En realidad, la nota característica que diferencia a las amenazas de las lesiones, es el carácter inminente que deben tener aquellas. Ello quiere decir que el cambio de circunstancias acusado de amenazante sea próximo, es decir, que el hecho futuro que preocupa al amparista "esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios" (STC Exp. N° 2435-2002-HC/TC, f. j. 2).

Lo hasta aquí mencionado parece referirse solo a *hechos externos*, pero, ¿acaso los *hechos internos* no pueden ser *objeto de prueba* en el amparo?

9§. En un primer momento pensábamos que en el amparo no era necesario tomar en cuenta una noción de *hechos internos* referidos al elemento intencional del actor (supra 2§), pues creíamos que lo que importaba para este proceso no era acreditar el ánimo lesivo o doloso del demandado, sino que bastaba con acreditar que la incidencia sobre el derecho fundamental invocado era ilegítima, lo que exige una argumentación jurídica antes que fáctica. En realidad estábamos pensando solo en los casos de amparo contra resoluciones y de amparo contra ley, donde –por lo general– poco o nada importa determinar si el juez o el legislador actuaron con ánimo lesivo, ya que para obtener la tutela peticionada bastará con acreditar la existencia de la ley o de la resolución judicial y convencer al juez que la afectación de nuestros derechos provocada por aquellas no es razonable, proporcional o es contraria a algún criterio jurisprudencial o precedente vinculante del TC.

Más aún pensábamos apoyar tal posición en un pensador clásico como Brichetti (1973: 30) quien de manera convincente, y conveniente para esos fines, afirma que la principal característica que diferencia al proceso penal del proceso civil (cuya estructura solemos asimilar a la del proceso de amparo) tiene que ver con la objetividad de los hechos; pues mientras en este último *preferentemente* se miran los *hechos* desde su exterioridad, prescindiendo en general de las personas y de los motivos, el procedimiento penal, reflejando el carácter subjetivo de la pena, intenta recoger el hecho en su totalidad, retornando al elemento intencional, que ataña al valor moral del *hecho*.

Siguiendo esa línea estimábamos que el único supuesto previsto por el Código Procesal Constitucional donde importaba el elemento intencional era el caso de pago de costas y costos regulado por su artículo 56: "Si el amparo fuere desestimado por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en *manifiesta temeridad*". En tal caso, es evidente que se debe analizar la intención que tuvo el agente para la interposición de la demanda, pues solo en el supuesto que hubiera tenido fundadas razones para iniciar el respectivo proceso constitucional será eximido del pago de costas y costos, es decir, solo si sus intenciones –vistas objetivamente– fueron legítimas⁽⁷⁾.

(7) Con respecto a algunos supuestos donde el TC verifica la existencia de conductas manifiestamente temerarias, son ilustrativos los casos contenidos en la STC N° 05976-2007-PA, STC N° 06269-2006-PA y STC N° 05169-2007-PHC. De otro lado, el profesor César Landa en un voto singular hace un acercamiento genérico sobre la 'manifiesta temeridad':

"A nuestro juicio, 'temeridad', siguiendo la literalidad del término, supone la acción arriesgada, a la que no precede un examen meditado sobre los peligros que puede acarrear o los medios de sortearlos; esto implica, que en un proceso judicial, el mismo sea accionado sin fundamento y mala fe.

Asimismo, complementando la definición precedente; consideramos pertinente para evaluar la temeridad o mala fe en la actuación de las partes, invocar los artículos 109 al 112 del mencionado Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente en función del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En dichos artículos, se establece que son deberes de las partes, entre otros, proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso (inc. 1); ergo, no actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales (inc. 2).

Siendo tales los principios rectores de la actuación de las partes, es decir, proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe; el artículo 112 del mismo texto, establece que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: a) cuando sea manifiestamente la carencia de fundamento jurídico de la demanda contestación o medio impugnatorio, b) cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad, c) cuando se sustrae, mutila o inutilice alguna parte del expediente, d) cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines

No obstante, la diversidad de casos demuestra que la averiguación de las intenciones, de los *hechos internos*, en el amparo no solo es importante para resolver los incidentes relacionados con el pago de costos y costos, sino también para resolver el mérito de las causas. Naturalmente, existen muchos otros casos donde para la resolución del mérito de la causa no será relevante determinar la intencionalidad o no del demandado, bastando para atribuirle responsabilidad en la comisión de actos dañinos a los derechos con que se acredite el desarrollo cierta actividad (argumento fáctico) y que la misma incide negativamente sobre los derechos invocados (argumento jurídico).

Pongámonos a pensar en los amparos laborales, particularmente, en los casos vinculados con el despido de los ‘trabajadores de confianza’. Sobre estos últimos, el TC distingue dos tipos, según la forma en que acceden a tal cargo: (i) los contratados específicamente para cumplir labores propias del personal de confianza y; (ii) los que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones ordinarias, pero que, posteriormente, por determinados factores, el empleador los promovió a un cargo de confianza. El TC deja en claro que los primeros estarán sometidos a la confianza del empleador para su estabilidad en el empleo, de manera que en caso este les retire su confianza solo tendrán derecho a una indemnización y de ningún modo a ser repuestos. Con respecto a los segundos, si luego el empleador decide retirarle su confianza, el trabajador volvería a realizar las labores ordinarias anteriores a su promoción y no perdería su empleo, salvo que se determine la comisión de una falta grave que justifique su separación de la institución. El TC precisa que este último criterio tiene por finalidad evitar que se generen “promociones abusivas o simuladas”, pues “podría atribuirse a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo” “pues al realizarse una promoción de esta naturaleza cabría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho” (STC Exp. N° 3501-2006-PA/TC, ff. jj. 18 y 20; STC Exp. N° 8257-2006-PA/TC, f. j. 8).

claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos, e) cuando se obstruya la actuación de los medios probatorios, f) cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y, g) cuando por razones injustificadas las partes no asistan a las audiencias generando dilación”. SSTC Exps. N°s 3571-2004-AA y 481-2005-AA (acumulados), f. j. 1 del voto.

Se deduce claramente que el criterio jurisprudencial sentado por el TC tiene por finalidad impedir que el empleador designe a cualquier trabajador en un cargo de confianza para luego, ejerciendo un abuso del derecho, lo despida sin causa objetiva alguna, invocando una simple pérdida de confianza. Por lo tanto, para la resolución de estos casos es evidente que entrará a tallar los *hechos internos* del empleador, su ánimo de lesionar o no el derecho al trabajo. Así, un *indicio* de si se cometió o no un abuso de Derecho podría ser la cuestión temporal, pues si se promovió a un trabajador ordinario a un cargo de confianza y solo unos cuatro o seis meses después se le retiró la confianza siendo despedido, creemos que estamos ante un evidente caso de la mala fe del empleador; en cambio, si se mantiene a ese mismo trabajador en el cargo de confianza durante cuatro o seis años, mal se haría en pensar que el empleador actuó de mala fe, siendo por ende irrazonable y desproporcionado tratar de oponerle los criterios jurisprudenciales antes descritos.

Creemos que la realidad superará con creces los ejemplos donde se hace necesario averiguar los *hechos internos* para la resolución de la controversia (por ejemplo, los casos donde es necesario dilucidar la buena o mala fe de las partes o donde se invoque tutela contra amenazas), sin embargo, esperamos que con el ejemplo descrito quede claro que las *afirmaciones* sobre *hechos internos* también tienen la virtualidad de ser *objeto de prueba* en el amparo.

10§. Ahora bien, si, como hemos visto, son las partes y no el juez quienes introducen los enunciados hipotéticos al proceso, entonces *la prueba es un medio para verificar esos enunciados*. Couture (1964: 217) precisa que “la prueba civil no es *averiguación* (...) el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación, ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia que tiene con el juez de orden penal: este sí es un averiguador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos”.

No puede objetarse a tal aserto los supuestos en los que opera la *prueba de oficio*. En tales casos no cambia la naturaleza de la prueba, pues el juez no realiza ninguna actividad de *averiguación*, sino de mera

verificación de las *afirmaciones* traídas al proceso por las mismas partes, solo que en esa oportunidad recurre a elementos distintos de los brindados por las partes para *verificar* las *alegaciones* introducidas por las partes al proceso. Como hemos señalado en otro lugar (Velásquez, 2010: 27), solo se legitimaría el uso de la *prueba de oficio* en aquellos supuestos donde los medios de prueba ofrecidos por las partes no logren generar suficiente convicción en el órgano jurisdiccional. La manera como se materializaría ello sería la siguiente: Son las partes quienes deben delimitar cuál es el camino que debe recorrer el Juez, debiendo este ejercer sus facultades probatorias solo si –con los elementos aportados por las partes– no logra visualizar si el camino que le han indicado es de asfalto, trocha o roca, sin poderse salir de aquel.

Esa actividad *verificadora* efectivamente se daría en los supuestos en donde las partes ofrecen *pruebas evidentes* que permiten certificar la verdad de sus *afirmaciones*. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando no concurren ese tipo de pruebas. Si bien el paradigma probatorio del amparo nos dice que allí solo se actúan causas sencillas de ser dilucidadas en virtud del material probatorio ofrecido, el mismo artículo 9 del CPConst habilita al juez constitucional para que eventualmente se aleje de tal modelo, pudiendo, ante la insuficiencia probatoria y la consecuente incertidumbre sobre los hechos, disponer que se actúen los *medios de prueba* necesarios para acercarse en un grado *aceptable* a la verdad, siempre que tal mandato no afecte de modo significativo la duración del proceso.

En este último caso la prueba es *averiguación* o *investigación*. Al respecto, el TC sostiene que no solo en virtud del artículo 9 del CPConst sino también de los fines de los procesos constitucionales (que busca la correcta aplicación de las normas constitucionales) el amparo habilita a tomar las medidas necesarias para, cuando fuera necesario (casos de incertidumbre), se acerque lo máximo posible –sin desnaturalizar irrazonablemente su duración– a la verdad de los hechos. En esos supuestos se dice que “el Juez de amparo detenta un deber de investigación o de instrucción” “consistente en efectuar todos los actos procesales conducentes al esclarecimiento de los hechos controvertidos”.

Cabe preguntarse entonces: ¿cómo sabemos si el juez constitucional declarará improcedente la demanda por insuficiencia probatoria, desempeñando una función meramente *verificadora*; o, si dispondrá la actuación de pruebas de oficio, realizando una función *averiguadora*? El TC ensaya una respuesta: “Cuando el derecho presuntamente amenazado o lesionado detenta un *especial valor material* en el sistema de derechos constitucionales dada su condición de presupuesto para el ejercicio de los otros derechos, tal como el caso del derecho a la vida, a la salud, a la integridad, el derecho a la identidad o el propio derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado, la declaración de improcedencia que, *prima facie*, deriva de la ausencia de una etapa probatoria en el proceso de amparo, debe ser morigerada”. Por lo tanto, dependiendo de la naturaleza de los bienes comprometidos, se exige del juez constitucional “el desarrollo pleno e intenso de las potestades de investigación [del juez] a efectos de esclarecer todos los extremos de la controversia” (STC Exp. N° 2682-2005-PA, Fd. 5 y 7).

Si bien lo señalado nos da algunas pistas sobre cuándo se seguiría el paradigma probatorio del amparo y cuándo el juez podría actuar *pruebas de oficio* ante la insuficiencia probatoria (saliéndose de alguna manera de aquel paradigma), lo cierto es que el juez posee cierto margen de discrecionalidad para tomar una u otra opción.

11§. Como hemos visto, la prueba en el amparo no solo es *verificación*, sino que puede ser también *averiguación* de las *afirmaciones* vertidas al proceso. Sin embargo, tal aserto puede aún ser cuestionado por incompleto. En línea con Brichetti (1973: 9) consideramos que todo concepto de *prueba* debe incluir no solo el resultado al que lleva (la demostración del hecho) sino también la naturaleza del conocimiento humano que lleva al mismo. Desde esta perspectiva, *la prueba sería todo el procedimiento demostrativo mediante el cual el juez llega al conocimiento a partir de la conexión que tiene lugar entre varios elementos y que le permite concluir que hay razones suficientes para aceptar la hipótesis fáctica presentada, que justifican tenerla por demostrada*. Esta conexión entre los elementos de prueba, es el efecto y al mismo tiempo la causa del conocimiento, es donde está la sustancia de la prueba.

Permítasenos detenernos brevemente para precisar que cuando se dice que “el juez *acepte la hipótesis fáctica*” estamos descartando en forma intencional la frase que “el juez se *convenza* de la hipótesis de actor”. Ello porque consideramos que la “convicción” tiene que ver con el estado mental de creencias del juez, asunto meramente subjetivo, que efectivamente puede configurarse cada vez que el juez toma una decisión, pero que es insuficiente para realizar un estudio jurídico de la prueba. Una teoría racionalista de la prueba exige vincular la demostración de un enunciado fáctico a un grupo específico de elementos de juicio. El TC ha dejado en claro que “si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional inequívocamente impuesto” (STC Exp. N° 0728-2008-PHC, fd. 28).

De modo que al decir *la hipótesis está probada* o *la hipótesis es verdadera*, estamos afirmando que en el proceso existen suficientes elementos probatorios que permiten *aceptar* la hipótesis. No significa que el juez está “convencido” sobre la hipótesis, pues la validez de la prueba –al menos teóricamente– no depende de su situación mental, sino de las razones que objetivamente le permiten concluir que está acreditada la *alegación*. Al respecto, Ferrer (2005: 83) señala que “no es difícil imaginar que un juez o un jurado puedan tener la convicción (creencia) de que ‘A’ ha realizado la acción por la que es acusado del delito ‘Y’, pero considerar que a la luz de los elementos probatorios aportados al proceso deben estimar la aplicación del principio de presunción de inocencia”.

Lo señalado nos permite hacer una distinción sobre el concepto de prueba que se maneja en estas líneas. Para Theodoro Junior (2007: 472) se puede hablar de *prueba* en dos sentidos. Uno *objetivo*, donde es un instrumento o medio hábil que permite demostrar la existencia de un hecho. Y, otro *subjetivo*, como estado psíquico de certeza originado en cuanto a ciertas *afirmaciones* de hechos. Es la convicción en el espíritu del Juez de que determinado hecho está probado. En forma equivalente, Gascón Abellán (2004: 84) distingue el uso de la *prueba* en *contextos de justificación* y en *contextos de descubrimiento*. En

este último es el *iter* que conduce a tener por verdaderas ciertas *afirmaciones*; la *prueba* se refiere al descubrimiento de los hechos que hacen verdaderas a esas *afirmaciones*. Mientras que en el *contexto de justificación* la *prueba* se refiere a las razones que permiten aceptar esas *afirmaciones* como verdaderas.

Para efectos de estas líneas importa más la manera cómo es que objetivamente justifican sus decisiones los jueces, la exposición que debe hacer el juez sobre la conexión existente entre los elementos de prueba que le llevará a concluir que un hecho es verdadero. De ahí que estimemos más conveniente el uso de la prueba desde un punto de vista *objetivo* o en *contextos de justificación*.

12§. Como hemos señalado desde un inicio, en el amparo se requiere *prueba evidente*. Así, de acuerdo al TC “solo procede estimar la demanda cuando la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales resulta *evidente* y plenamente acreditado con las instrumentales acompañadas a la demanda o recabadas durante el proceso” (STC Exp. N° 3242-2004-AA, fd. 4).

Corresponde entonces aclarar qué entendemos por *prueba evidente*. Para ello debemos identificar primero sus limitaciones. Así, debemos recordar que incluso lo evidente es siempre contingente, aquello que ahora se presenta como evidente, puede con el correr del tiempo demostrarse como falso. Siglos atrás hubiéramos afirmado sin muchos problemas que el sol gira alrededor de la tierra, demostración de ello serían los amaneceres que se experimentan cada día. Sin embargo, bien sabemos que lo que parecía evidente terminó siendo falso.

Por tanto, la *prueba evidente* no supone una prueba de verdad absoluta (ya hemos visto que ello no es posible), sino una prueba que exige un alto grado de probabilidad de que un hecho es de una y no de otra forma, una verdad de razón. Sin embargo, el legislador no determina en qué debe consistir el grado de verdad requerida, el grado de evidencia que se necesita para cada tipo de proceso, de donde se deduce que las *pruebas evidentes* dependen más del razonamiento del juez que de la ley. En consecuencia, el nivel de evidencia (su grado de probabilidad aceptable) será determinada por la experiencia del juez, en cada caso concreto; y será él quien enjuiciará si un hecho es evidente

o no dentro de un orden práctico, pues como decía Aristóteles “es evidente lo que por todos es aprobado”.

En resumen, *si la prueba es el proceso de conocimiento obtenido a partir de la conexión existente entre varios elementos, que permiten al juez aceptar una afirmación como verdadera; entonces, la prueba evidente se da cuando esa conexión llega a un alto grado (la asociación de datos aparece clara), consecuencia de ello es la mayor rapidez con la cual tiene lugar la aprehensión del hecho a probar*. Asumir que una cosa es de uno y no de otro modo surge como una necesidad del razonamiento en grado más o menos intenso dependiendo de los elementos de los que se sirve el indagador. En el caso de la *prueba evidente* tal necesidad del razonamiento surge en grado intenso, excluyendo así la duda de que los hechos ocurrieran de otro modo. Se puede afirmar entonces que la *prueba evidente* nos proporciona una demostración clara, manifiesta del hecho controvertido, tal como se exige para los casos que pueden ser tramitados en vía de amparo.

Sobre el particular, son importantes las precisiones que hace Brichetti (1973: 57): “La prueba no evidente no nos convence más que después de un proceso de verificación de los hechos más o menos largo y más o menos fatigoso; la prueba evidente, en cambio, es la prueba que nos hace saber inmediatamente, que nos convence súbitamente; que refleja, como en un espejo lúcido y terso, la verdad del hecho a probar. *La prueba evidente (...) nos presenta la demostración de un hecho de modo tan claro, tan rápido, tan explícito*, ya sea en los elementos que lo componen, ya sea en la unidad lógica que lo reúne, que la demostración que de ello nace aparece manifiesta a nuestro intelecto y al mismo tiempo fácil”.

La prueba evidente entonces se caracteriza por la rapidez y seguridad con la que permite tener por demostrado un hecho. Ello no excluye que la *prueba no evidente* pueda generar un grado similar de *aceptación* de un hecho, pero sí descarta que ello pueda lograrse mediante un razonamiento rápido, requiriéndose por el contrario de un raciocinio de verificación más fatigoso. En efecto, si el razonamiento en una *prueba no evidente* es correctamente construido, por muy extenso que parezca, podría generar el mismo grado de *aceptación* que una prueba evidente. No lo cree así Brichetti (1973: 219) quien considera

que “cuando la mente es transportada a través de una larga cadena de argumentos, por muy segura que aparezca la conexión de cada anillo, la convicción es menos fuerte y menos viva de lo que ocurre cuando la conclusión es deducida inmediatamente de un objeto sin causas o efectos intermedios”. No dejan de tener sentido tales argumentos, pero son más relevantes para el fuenro interno del juzgador que para la justificación de la *prueba*, asunto que, como hemos dicho (supra 4§.), es el que realmente interesa para efectos del proceso.

Por tanto, la nota definidora entre prueba evidente y prueba no evidente es la rapidez con la que se puede aceptar una afirmación, pudiendo justificar ambos un grado de certeza bastante alto.

13§. Ahora bien, para identificar *con qué se ha de probar* en el proceso debemos diferenciar primero entre *fuente de prueba* y *medio de prueba*. Los primeros son los elementos que existen en la realidad, con independencia del proceso, datos que demostrarían cierta circunstancia o evento; mientras que los *medios de prueba* están constituidos por los instrumentos o actividades que buscan trasladar las *fuentes de prueba* al proceso. Son, por ende, *medios de prueba* tanto el testigo como el perito y *fuente de prueba* la declaración del primero o el juicio del segundo.

Para Sentis Melendo (1979: 151) “la *fuente* existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegué a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; el *medio* nacerá y se formará en el proceso. Buscamos las *fuentes*; y, cuando las tenemos, proponemos los *medios* para incorporarlas al proceso”. Por su lado, nuestro Tribunal Constitucional (TC) sigue la misma distinción señalando que la *fuente de prueba* es una realidad independiente al proceso, mientras que el *medio de prueba* es una realidad interna al proceso por medio del cual se ingresa la *fuente* al proceso. A partir de allí, el TC sostuvo que la declaración de nulidad de un proceso judicial únicamente acarrea la invalidez de los *medios de prueba* inherentes a él, pero no de las *fuentes de prueba* (STC Exp. N° 0003-2005-AI, fd. 128; STC Exp. N° 0010-2002-2002-AI, fd. 160;...).

Son bastante ilustrativas las palabras de Muñoz Sabaté: “Todo hecho es algo que impresiona o estampa la realidad circundante y que

deja como resultado de dicha estampación lo que vulgarmente denominaríamos una huella o rastro. Con ello alcanzamos ya a poder descubrir el modo mediante el cual es posible trasladar y reproducir una realidad a la presencia del juez. En lugar de trasladar el hecho histórico [cuestión materialmente imposible] trasladamos los otros objetos estampados por aquél. El juez no ve la realidad pero ve sus huellas". De acuerdo a ello, los objetos/sujetos estampados por la realidad o de donde puedan derivarse las huellas de la ocurrencia de un hecho constituyen las *fuentes de prueba*, la manera en que aquellos objetos/sujetos estampados son trasladados al proceso son los *medios de prueba*.

14§. Interesa destacar los tipos de hechos a que se pueden referir las *fuentes* y los *medios* de prueba. Para ello debemos recurrir a una clásica distinción entre *hechos primarios* y *secundarios* y, en función de ellos, entre prueba *directa* e *indirecta* (*lo crítica*), respectivamente. Los primeros constituyen la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma invocada, mientras que los segundos no reciben calificación jurídica relevante en el proceso, pero adquieren significado porque de ellos se puede extraer algún argumento sobre la verdad o falsedad de un enunciado sobre el *hecho directo* o *principal*. Este último tipo de *hechos* son conocidos como **indicios** y, como es evidente, su importancia se aprecia en mayor medida en aquellos casos donde el juez no dispone de elementos que apunten directamente a la hipótesis principal de la controversia⁽⁸⁾.

Al respecto, Cornelutti (1982: 192) precisa que de acuerdo a lo antes señalado el *indicio* debe ser considerado en su completa dimensión. En un primer momento, tiene una actitud pasiva, pues al ser el hecho a ser probado, se convierte entonces en *objeto de prueba*. Pero,

(8) Nos dice Framarino (1973: 218): "La gran mayoría de los acontecimientos sucede fuera de la esfera de nuestras observaciones directas y por consiguiente, son muy pocos los hechos que podemos conocer por percepción directa de nuestros ojos (...). Nos preguntamos si el hombre deberá renunciar por eso al conocimiento de tales hechos y permanecer en la oscuridad y contestamos que no, por fortuna. Entre una cosa y otra existen hilos secretos e invisibles para los ojos corporales, pero cognoscibles para los ojos de la mente, tenues hilos que constituyen el medio providencial que nos sirve para llegar a la conquista de lo desconocido y con ayuda de los cuales la inteligencia humana, partiendo de lo que conoce directamente, llega a lo que no puede conocer de modo directo. Por esos caminos, invisibles a los ojos del cuerpo, es por donde, el espíritu humano, al encontrarse ante las causas, nos lleva a pensar en sus efectos y encontrándose frente a los efectos, nos induce a pensar en sus causas".

en su actitud activa el *indicio* constituye el medio (*hecho secundario*) incorporado al proceso que sirve para probar un hecho (*hecho primario*), en cuyo caso actúa como un *medio de prueba*. Desde esa perspectiva es más comprensible por qué en un primer momento nuestro Código Procesal Civil incorpora a los *indicios* como un sucedáneo probatorio, esto es, como un auxilio establecido por la ley o por el juez que “corroboran, complementan o sustituyen el valor o alcance” de los *medios probatorios* (artículo 275), pero más adelante los define como si se tratara de *hechos* (artículo 276).

Lo señalado merece una última precisión en cuanto a qué son *pruebas directas e indirectas*. En los términos sencillos de Liebman (1980: 295) podemos decir que las *pruebas directas* tienen por objeto el hecho mismo que busca ser probado, el inmediatamente relevante para la solución del caso. Son las que permiten al juez corroborar en forma inmediata el hecho a ser probado (p. e. el cuerpo de la persona accidentada, de la cual se requiere acreditar la invalidez para el trabajo); o que le otorga una representación idónea del hecho (p. e., una fotografía del accidentado). En cambio, la *prueba indirecta* o *prueba indicaria* se relaciona con hechos diversos al supuesto base de la norma jurídica invocada, pero vinculados, de modo que puede ser argüido/demolido a partir de un trabajo del raciocinio el hecho relevante del caso⁽⁹⁾.

15§. Nótese que la diferencia entre uno y otro tipo de prueba no tiene en cuenta al elemento que contiene la prueba (*medio probatorio*), sino a los *hechos* que se derivan de estos. De ahí que no sería correcto usar como excusa la falta de estación probatoria del amparo para sostener que en dicho proceso no es posible adoptar decisiones a partir de *pruebas indirectas*, ya que estas se refieren al razonamiento sobre

(9) “Las pruebas directas informan al juez la idea objetiva del hecho probando: el testimonio narra el hecho conforme vio o vivió; el perito describe los accidentes del terreno; o el estado de ruina del predio; el deudor confiesa la deuda; el documento representa el acto que por él se constituyó. En todos esos casos el juez, que es el destinatario de la prueba, tiene la idea de los hechos sin necesidad de cualquier deducción, pues le son presentados objetivamente. Muchas veces, sin embargo, los sujetos de la prueba, esto es, la persona que afirma, o el documento o la cosa que acreditan, no se refieren al hecho probando, sino a otro hecho que se relaciona con aquél, y de cuyo conocimiento se pude, a través del raciocinio, llegar al conocimiento del primero. En ese caso el juez conocerá el hecho probando *indirectamente*. Teniendo como punto de partida un hecho conocido (hecho auxiliar, hecho, *factum probatum*), camina el juez, por vía del raciocinio y guiado por la experiencia, al hecho por probar (hecho principal, *factum probandum*) (Amaral Santos, 1988: 495).

los hechos de la controversia y no a los documentos o elementos donde aquellos se encuentran contenidos. Solo si la *prueba directa* o *indirecta* se deriva de *medios de prueba* que requieran de actuación, podrá objetarse su empleo en el proceso de amparo.

Habiéndose desechado ese primer argumento, cabría ensayar otro que también podría descartar el uso de la *prueba indirecta* en el amparo: ¿la exigencia jurisprudencial de ofrecer *pruebas evidentes* de la agresión o amenaza no descarta acaso el uso de *pruebas indirectas* que solo de manera mediata permiten conocer los hechos? A esta interrogante responde Brichetti (1973: 60): “No se debe confundir la prueba evidente con la *prueba directa*, o sea con la prueba que tiene de inmediatamente a proporcionar la demostración de la existencia del hecho, objeto del juicio, o de una circunstancia del mismo, por la obvia consideración de que la prueba evidente puede tambiénemerger, en vía inductiva, de un conjunto de elementos”.

A ello podría añadirse que la diferenciación entre *prueba directa* e *indirecta* tiene sobre todo fines pedagógicos, pues como bien advierte Gorphe (2004: 31) el razonamiento probatorio en uno u otro caso “no constituyen procedimientos profundamente distintos, sino que se compenetran mutuamente. Se progresan al mismo tiempo por distintas vías, para descubrir la verdad; con frecuencia pasamos de una a otra, porque el camino es más o menos tortuoso y con ramificaciones. En realidad los elementos de las pruebas se presentan muy mezclados unos con otros: hay escritos que pueden valer como indicios, confesiones referidas por otros o implícitas en los documentos; ciertas circunstancias que pueden servir para interpretar las declaraciones; o algunos indicios, para revelar su sinceridad. Cuantas veces los datos circunstanciales o indiciarios no pueden ser comprobados directamente, son sometidos a ratificación por testigos, o por investigador o peritos (...). El hallazgo de un cuchillo o manchado de sangre en poder del acusado es una circunstancia de la cual puede hacerse una inducción importante, pero se trata de un hecho que ha de ser probado por testigo”.

16§. No obstante, para efecto de estas líneas resulta útil la diferenciación establecida entre *prueba directa* e *indirecta* a fin de evidenciar con más facilidad la naturaleza del *índice* y de la *presunción*. Desde esta perspectiva podemos decir que un *índice* debidamente

probado por sí solo no sirve para el proceso en cuanto no se vincula directamente con la controversia, necesitando del razonamiento del juez para, a partir de él, derivar el *hecho presunto* que sí interesa al caso. Ello nos permite advertir la necesaria relación que debe existir entre el *indicio* y *presunciones* para que interesen al proceso.

Refiriéndose al ámbito penal, pero igualmente aplicable al tema que nos convoca, tanto el TC como la Corte Interamericana de derechos Humanos (CIDH) concluyen en la necesidad de acudir a este tipo de pruebas. Así, el primero de los mencionados señala: "Si bien los hechos objeto de prueba de un proceso penal no siempre son comprobados mediante los elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudirse a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente, sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro lado, y en esa segunda modalidad que se haga referencia a los *indicios* y a las *presunciones*. En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se pruebe un 'hecho inicial-indicio', que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que trata de acreditar la existencia del 'hecho final-delito' a partir de una relación de causalidad 'inferencia lógica'" (STC Exp. N° 0728-2008-PHC, fd. 24).

Por su parte, la CIDH sostiene: "La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los *indicios* y las *presunciones*. La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas" (Caso Velásquez Rodríguez vs. Nicaragua, Sentencia del 29 de julio de 1988, fds. 130-131).

De igual modo, refiriéndose al proceso civil, Barbosa Moreira (1998: 56) señala que hay casos en donde el material probatorio llevado al proceso no tiene ligación directa con el *thema decidendum*, pero que igual se refieren en alguna medida a él. "En esas circunstancias, nada más razonable que el juez se valga del conocimiento adquirido sobre

el hecho 'X' para derivar sus conclusiones sobre el hecho 'Y'. El resultado de ese raciocinio es lo que configura, propiamente, la *presunción judicial*: el juez presume que ocurrió el hecho 'Y' porque sabe que ocurrió el hecho 'X', y sabe también que la ocurrencia de uno implica, necesariamente o normalmente, la ocurrencia de otro".

Lo señalado permite justificar que tanto el TC como la CIDH cuando se refieren a indicios y *presunciones* se refieren a su uso técnico-procesal que desarrollaremos a continuación.

17§. La *presunción*, por tanto, supone una actividad intelectual del juez que le permite *aceptar* un hecho que le era desconocido (*hecho presunto*) a partir de otro que sí tenía por conocido (*indicio y/o hecho base*), en virtud del nexo existente entre ambos⁽¹⁰⁾. El paso de uno a otro hecho varía dependiendo del tipo de *presunciones*. Si es una *presunción legal*, el nexo de conexión entre los hechos es jurídico (p.e. el artículo 361 del Código Civil establece que probado el nacimiento de un menor durante el matrimonio, se tiene por padre al esposo). El legislador sustituye el raciocinio del juez, pues, una vez probado el *hecho secundario*, el juez está obligado a aceptar el *hecho presumido*⁽¹¹⁾. En cambio, si estamos ante una *presunción judicial u homini*, el nexo se deriva de las experiencias de la vida (de *máximas de experiencia*), según lo que comúnmente acontece (p. e., nadie vio al acusado matar a la víctima, pero la bala encontrada en el cadáver corresponde al arma del primero y en sus manos fueron encontrados vestigios que confirman de que habría disparado su revólver.) Si bien en ambos casos, la estructura de las *presunciones* es la misma, interesa para estos fines la última de las descritas.

(10) Esta clásica aproximación descriptiva al concepto de *presunciones* se sustenta en la definición contenida en el artículo 1349 del Código de Napoleón: "Las presunciones son las consecuencias que la ley o el magistrado deriva de un hecho conocido a un hecho desconocido".

(11) Bonnier (1929: 387) señala que se justifica la instauración de las presunciones legales en nombre de intereses públicos, porque muchas veces, es sumamente difícil aportar una *prueba directa*, otras porque se desea limitar la libre apreciación del juez (pues este, probado un hecho, está obligado a admitir otro, el *fatto probando*), o también, porque el orden público tiene manifiesto interés, en determinadas hipótesis, en la delimitación de la actividad probatoria, conviniéndole que determinados hechos sean, en cuanto fuera posible, tenidos como verdaderos.

Como se aprecia, en nuestro intento por definir a las *presunciones* hacemos mención a los *indicios* y a los *hechos base*. Ello se explica porque es posible formular *presunciones* a partir de hechos que tienen características distintas a los *indicios*. Tal situación ocurre, por ejemplo, cuando una de las partes se limita a realizar afirmaciones sobre un *hecho secundario* sin ofrecer *prueba indirecta* alguna que lo acredite, pero la otra parte acepta tales hechos en forma expresa o táctica (allí donde el ordenamiento jurídico lo permite). El juez se servirá entonces de esta aceptación de hechos, de estos *hechos base*, para construir su *presunción homini*. “En cualquier tiempo procesal y de cualquier hecho fijado en la litis pueden desprenderse espontáneamente presunciones, porque (...) ‘penden’ potencialmente durante todo el proceso; constituyen un ‘possum’ indeterminable, capaz de actualizarse inesperadamente en cualquier momento, todo ello muy al revés, por ejemplo, de lo que ocurre con la prueba testifical, que como sabemos se propone en un momento determinado, se asume en una fase concreta y se administra articuladamente. Respecto a las presunciones, por tanto, cabría hablar dentro del proceso de un fenómeno de *latencia presuncional* y afirmar en consecuencia que todos los actos procesales, *todos*, son susceptibles de contener gémenes prespcionales, o (...) todo acto o hecho es capaz de reportar *desprendimientos indiciarios*” (Muñoz Sabaté, 1969: 596).

18§. Existe cierta discusión doctrinal sobre si la *presunción* es la actividad intelectual de razonamiento o el hecho al que se arriba, el efecto, de dicho razonamiento. Consideramos certeras las precisiones de Carreras (1962: 511) sobre este tema, quien señala que la *presunción* solo será relevante para el proceso si, como producto del razonamiento, se arriba a *hechos presuntos* que son *aceptables*, de modo que lo relevante antes que la actividad intelectual es el resultado positivo a que lleva aquella. “La presunción aparece solo cuando el juicio sobre probabilidad [la actividad intelectual] tiene un resultado positivo y no en caso contrario, ello no autoriza sino a afirmar que no todos los juicios de probabilidad son presunciones, sino aquellos que permitan efectivamente juzgar como probable una proposición fáctica”. Por lo tanto, en cuanto fenómeno unitario el *indicio* y la *presunción* tendrán la siguiente estructura: “*indicio + razonamiento + conclusión positiva o aceptable de un hecho presunto*”.

Ciertamente, esa la estructura cuando hablamos de *prueba indicatoria*, es decir, cuando nos referimos a la *función acreditativa* que cumplen el *indicio* y la *presunción* que aquel nos permite construir. Sin embargo, como hemos advertido, cabe la posibilidad que la estructura *indicio + razonamiento* no nos lleve a una conclusión *aceptable* o con altas probabilidades de ser verdaderas, sino a simples *conjeturas* o *juicios ligeros*, que si bien no acreditan del todo un hecho, al menos nos dan indicaciones de que un hecho pudo ocurrir de cierto modo y no de otro. Como bien señala Muñoz Sabaté (1997: 247) las *conjeturas* o *indicaciones* no podrán cumplir una *función acreditativa*, pero sí una *función corroborativa*, pues servirán para confirmar otras *pruebas directas* (p. e., en casos de jueces tímidos que no se sienten satisfechos con algunas pruebas, recurren a *conjeturas* que les reconfirman su posición, tienen una suerte de *efecto comodín*) o para juzgar en casos donde solo se requiere verosimilitud de los hechos (p. e., medidas cautelares).

Si bien *presunciones* y *conjeturas* son relevantes para el proceso, solo las construcciones que nos permiten *aceptar* una *afirmación* como verdadera pueden ser calificadas como *presunciones*. Ello en virtud de la definición de *presunciones judiciales* que hace el artículo 281 del Código Procesal Civil: “El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar *convicción* respecto del hecho o hechos investigados”. El recurso al término “*convicción*” del juez, nos permite concluir que el supuesto normativo coincide con nuestro concepto de *presunciones* y no recoge los supuestos de *conjeturas*, sin embargo, tal situación de ningún modo puede significar que se descarte el uso de este último por parte de los jueces.

A pesar de nuestras objeciones al uso del término *convicción*, creamos que queda claro que la norma citada exige un alto grado de probabilidad de que un *hecho* sea de una y no de otra manera, es decir, que la construcción realizada por el juez permita concluir que es altamente *aceptable* el *hecho presunto*. ¿Cuál es la justificación para que el legislador exija ese nivel de aceptación y no otro en el caso de las *presunciones*? Veamos:

19§. Puede ocurrir que los elementos de prueba en el proceso no permitan confirmar las afirmaciones de una parte, en cuyo caso el valor de esos elementos será = 0. A la inversa, que tal elemento sea plenamente aceptable para tener por verdadera la proposición fáctica, de modo que su valor será = 1. Para simplificar diremos que las *presunciones*, como mínimo, deben tener una aceptación de 0,8, pero, ¿qué define ese grado de *aceptación*? Dos cosas. Primero, depende del grado de *aceptación* de la premisa que le sirve de sustento, es decir, del *indicio* o del *hecho base*. Por ejemplo, si el material probatorio permite que el *hecho secundario* solo tenga un grado de *aceptación* de 0,5 no será posible construir una *presunción* válida. Segundo, depende también "de la naturaleza de la 'regla de inferencia' que se adopte para derivar conclusiones aptas para representar elementos de confirmación sobre el *hecho principal* a partir de la afirmación [prueba] del *hecho secundario*". Si "X" es *hecho principal* e "Y" *hecho secundario*, resumiríamos diciendo que: "El problema de la confirmación de la hipótesis sobre 'X' depende, pues, de dos factores: la posición de la premisa relativa a 'Y' y la formulación de la inferencia de 'X' a partir de 'Y'".

La inferencia que permite pasar de un hecho a otro (del *secundario* al *primario*), de lo conocido a lo desconocido, es denominada como *máxima de experiencia*. La seriedad de esa inferencia permitirá, p. e., evitar supuestos de *infiración* que contaminan el grado de *aceptación* de la *presunción*. Aquella, señala Muñoz Sabaté (2008: 101), "consiste en cualquier otra conclusión oponible a una presunción e inferida del mismo indicio (...) para llegar a una *información* tan solo hace falta imaginar todas las otras conclusiones posibles además de la inicialmente presumida".

Desde hace mucho esas inferencias se derivaban del simple recurso a la experiencia que hacían los jueces. Recuerda Bentham (1971: 293) que "determinar que un suceso da fe de otro suceso constituye un juicio fundado en la analogía, la que, a su vez, descansa en la experiencia. Pero es preciso confesar que ese juicio puede ser considerado como una manifestación del instinto, tanto por la prontitud con que obra, como por la dificultad de explicarlo y por la imposibilidad de encontrar reglas para conducirlo. En efecto, toda probabilidad se desvanecería y todo lo que se podría decir acerca de la ligazón de los fenómenos sería en vano, si no se partiese de la suposición de que dos

hechos que aparecen vinculados de cierta manera a los ojos de un individuo, han de aparecer ligados de igual manera a los ojos de los demás”.

En un intento por racionalizar el recurso a las experiencias, en 1893 Friedrich Stein desarrolla el concepto de *máximas de experiencia*. Stein (1999: 24) señala que se tratarían de previsiones a las que se llegan por vía de inducción, esto es, “partiendo de la experiencia de que, en una serie de casos, condición y consecuencia, sujeto y predicado del juicio lógico se encuentran ligados de una manera determinada. Hay que partir, pues, de lo que sucede en la mayoría de los hechos concretos, de los casos comprobados”. Ello permitiría arribar a conclusiones racionales en la medida que nos permitiría construir una suerte de silogismo probatorio. Señala Calamandrei (1961: 382) que en el caso de los *hechos secundarios* la prueba de los *hechos principales* se hace por vía de inducción que “se apoya enteramente en las *máximas de experiencia*, de las cuales el juez en su prudencia se sirve para formar una serie de silogismos, en cuya premisa mayor está la afirmación general y abstracta de que a la existencia de ciertos hechos (indicios) se asocia, o está detrás, la existencia de otros hechos (indiados); premisa menor es la afirmación de existencia del indicio; la conclusión, la afirmación del hecho indiciado [*hecho presunto*] antes desconocido”.

Teniendo en cuenta ello, Stein realiza su ya clásica definición de *máximas de experiencia*, señalando que son *definiciones o juicios hipotéticos de contenido general*, desligados de los hechos concretos del proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de donde deducen, pretendiendo por ello tener validez para otros casos⁽¹²⁾. Al respecto, es conveniente citar las presiones que hace Taruffo (2007: 169) al instituto en cuestión: “Las

(12) Una explicación igual de esclarecedora es la de Döhring (1996: 323): “El saber experiencial es importante para el manejo de todo tipo de medios probatorios. Pero para la prueba indiciaría su significación es central (...). La regla de experiencia parte de vivencias iguales o similares, habidas, no en ocasión del caso investigado, sino anteriormente (...). El operante utiliza lo aprendido en sucesos anteriores para sacar deducciones sobre la configuración fáctica del caso en estudio, aún no esclarecido. Pero de ahí se desprende también que la regla de experiencia no es una simple conexión de acontecimientos vivenciados. Estos constituyen solo el material del cual se deriva, por abstracción, una regla. El averiguador saca el resultado (*facti*) haciendo una síntesis de eventos anteriores y así llega a formar una aserción que pretende ser válida en casos posteriores similares y de la cual pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que se investiga. La fuerza de la convicción

reglas de la experiencia no se confunden con las reglas de la lógica y de la argumentación racional: estas últimas reglas en efecto no se derivan de la experiencia sino del contexto de los criterios que determinan la corrección del razonamiento. Estas reglas no se refieren a un pretendido ‘conocimiento’ sobre hechos y comportamientos, sino que *fijan* los criterios que deben seguirse para construir un razonamiento lógicamente correcto. Bajo esta perspectiva debe subrayarse que las reglas de la experiencia no se confunden con aquellas que la doctrina llama *reglas de la sana crítica*, que se refieren a criterios de racionalidad en la valoración discrecional de las pruebas”.

Ello de ningún modo significa que la construcción de *presunciones* sobre la base de *máximas de experiencia* pueden dejar de lado las reglas de la lógica y argumentación racional, sino que si bien deben ir juntas, se trata de institutos diferentes.

20§. Stein (1999: 37) reconoce que las *máximas de experiencia*, como todas las proposiciones obtenidas por inducción, carecen de certeza lógica, “no son más que valores aproximativos sobre la verdad, y como tales, solo tienen vigencia en la medida que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa”. Sin embargo, añade, tal contingencia se encontraría justificada en el hecho de que el proceso debe ser acorde con los conocimientos de la cultura que lo rige, ya que incluso las ‘verdades’ matemáticas se han mostrado sometidas al cambio. Taruffo (2006: 125) también cuestiona la seguridad que pueda dar el uso de *máximas de experiencia* señalando: (i) la premisa para obtener tales *máximas de experiencia* es que estemos ante sociedades homogéneas, pero hay sociedades multiculturales (el Perú es una clara muestra de ello), incluso toda sociedad actual es compleja y móvil en sus valores o creencias, siendo al menos cuestionable tratar de inducir reglas generales sobre la base la experiencia; (ii) Hume advierte que la experiencia empírica no permite la formulación inductiva de leyes generales, de modo que, en el mejor de los casos, estaríamos ante nociones que fundamenten inferencias probabilísticas, lo que significaría renunciar a la estructura silogística propuesta por Stein. Por tal motivo, propone que las

de la regla de experiencia reposa en la expectativa de que las observaciones coincidentes hechas en situaciones similares serán nuevamente avaladas por los hechos”.

máximas de experiencia se apoyen en *reglas generales* o *cuasi-generales* proveídos por los conocimientos científicos disponibles⁽¹³⁾.

Ciertamente, desde esta postura es posible seguir sosteniendo que las *máximas de experiencia* permiten, en casos específicos, construir *presunciones* con la estructura de silogismos, de cuyas conclusiones nadie o muy pocos podrán dudar. Sin embargo, en la gran mayoría de casos la construcción probatoria no responde a ese tipo de razonamientos. Unas críticas contundentes a la construcción de Stein son realizadas por Gorphe (2004: 27) y Parra Quijano (2007: 245).

El primero de los mencionados desarrolla con detalle la manera en que funciona el razonamiento probatorio gobernado principalmente por inferencias, mientras que para el segundo el trabajo probatorio no puede hacerse mediante silogismos: "La lógica, lo mismo que cualquier otra ciencia, puede hacer abstracciones para profundizar sobre algún aspecto. Esto es lo que ocurre con la *Lógica Formal*, que estudia las modalidades del pensamiento correcto, pero hace abstracción de su desarrollo y sus transformaciones. El pensamiento se toma como congelado, estratificado, en cambio la *Lógica Dialéctica* se caracteriza por considerar el pensamiento en un desenvolvimiento continuo de lo desconocido a lo conocido, de lo elemental a lo complejo de lo inferior a lo superior, de lucha constante entre contradicciones y de unificación de opuestos. Esta es la lógica que el juez emplea en la valoración de la prueba, si no tiene la ciencia y la técnica a su alcance, pero aún teniéndolas, tiene que empezar por darle cuerpo a lo que utilizará para esa valoración lográndola del sentido común, a diseñar hipótesis y analizar y valorar las pruebas para observar si resulta o no corroborada, y así sucesivamente, en un trabajo arduo y dificultoso que no cabe dentro del esquema silogístico. El juez tiene que hacer inferencias. El razonamiento es uno de los procesos cognitivos básicos por medio del cual utilizamos y aplicamos nuestro conocimiento. Sin la posibilidad de hacer inferencias, el sistema de procesamiento humano

(13) Taruffo (2007: 170) precisa que una *regla general* válida es aquella que encuentra fundamento en conocimientos científicos o naturales comprobados (el agua hiere a 100 °C a nivel del mar; y a 85 °C a 4,000 metros de altura); mientras que una regla cuasi-general se refiere a sucesos confirmados en el campo científico con un alto grado de probabilidad (el examen de sangre para definir la paternidad o no de un menor).

se vería obligado a depender de un conocimiento específico y puntual para cada una de las situaciones en las que se encuentra. Casi como una especie de lista telefónica”.

La extensa cita permite justificar de manera suficiente por qué solo en los casos de *reglas generales* o *cuasi-generales* apoyadas en conocimientos científicos es posible hablar de construcciones a la manera de silogismos, en los demás casos, que son la mayoría, la construcción de presunciones responde a un razonamiento por inferencias. Si bien ello significa destruir la lógica con la que fueron pensadas las *máximas de experiencia*, permite darnos cuenta que en los supuestos de *presunciones* construidas sobre otro tipo de reglas estamos expuestos a razonamientos errados o solo probables, pues no tendremos ya la contundencia de un silogismo.

Por tanto, consideramos que en atención a la estructura del proceso, al grado de *aceptación* de premisas que exige, sería posible (e incluso permitido por el artículo 281 del Código Procesal Civil) también considerar como *máximas de experiencias* algunos conocimientos sociales, derivados de la vida en común, siempre que: (i) se trate de situaciones de manifiesta aceptación social; (ii) que no estén contradichas por otros usos sociales o reglas científicas; y, (iii) que no escondan prejuicios sociales difusos de género (p.e., las mujeres son malas conductoras), de raza (p.e., los negros son intelectualmente inferiores a los blancos), religión (p.e., los ateos no son personas dignas de confianza), político (p.e., los de izquierda tienden a la violencia) o de cualquier otra clase. Solo así logramos justificar la convicción exigida por el artículo 281 del Código Procesal Civil al Juez al momento de construir *hechos presuntos*.

21§. En resumen, tomando en cuenta las precisiones antes hechas, podemos concluir con el TC que en el caso de *presunciones judiciales* “lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el *hecho base* o *hecho indicario*, que debe estar plenamente probado (indicio); el *hecho consecuencia* o *hecho indiciado [hecho presunto]*, que se trata de probar (delito) y entre ellos, el *enlace* o *razonamiento deductivo*. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o

sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia o a los conocimientos científicos" (STC Exp. N° 0728-2008-PHC, fd. 26).

22§. Cabe preguntarnos ahora *quién debe probar*, interrogante que nos lleva al instituto de la *carga de la prueba* o por lo menos a una de sus expresiones. Como sabemos en el actual sistema jurisdiccional el juez tiene el deber de resolver la controversia, de modo que ante la duda sobre si los hechos de la controversia ocurrieron de una u otra manera, no puede escapar de sus deberes con un pronunciamiento de *non liquet* (¡no estoy convencido, venga otro día con más medios de prueba!). Tal situación supondría una manifiesta negación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y de todo el sistema jurisdiccional. Para superar esas dudas del juez al momento definir los *hechos* se insaura la *carga de la prueba*.

Explica Calamandrei (1961: 116) que "el juez aun cuando los resultados de las pruebas no hayan sido tan exhaustivos y decisivos para eliminar de su conciencia toda duda, no puede salir del compromiso con un *non liquet*, y debe siempre emitir un juicio de certeza, positivo o negativo, sobre los hechos controvertidos. Después de haber agotado todas las investigaciones e intentado todas las hipótesis en torno a uno de aquellos enigmas del pasado, que por falta de fuentes seguras están acaso destinados a permanecer sin solución, el historiador cauto y concienzudo podrá llegar a la conclusión de que el problema es insoluble, y confesar honestamente que él no ha conseguido formarse al respecto una opinión segura; y este estado de duda no solo disminuirá sino que hará apreciar más su seriedad de estudioso. Pero el juez no podría, sin faltar a su deber, permanecer en suspense entre el sí y el no, y emitir una decisión al solo objeto de declarar que no sabe decidirse. El juez, en aquellos casos en que el historiador permanecería en la incertidumbre, debe a toda costa llegar a una certeza oficial; y a tal objeto la ley le proporciona, para ayudarlo a salir del piélago de dudas, ciertos recursos un poco ordinarios, pero expeditivos que sirven para transformar la perplejidad psicológica en certeza jurídica; tales son en el proceso civil, las reglas sobre la distribución de las cargas de la prueba, que establecen sobre cuál de las partes debe recaer la falta de certeza del juez acerca de alguno de los hechos controvertidos (...) en el

proceso penal, el principio *in dubio pro reo*, en virtud del cual el juez está obligado a proclamar oficialmente inocencia a aquel respecto de quien, como historiador, se limitaría a decir, que entre su inocencia y su culpabilidad, no podía decidirse a tomar partido”.

De lo señalado se deduce claramente que el fundamento del instituto de la *carga de la prueba* es evitar pronunciamientos *non liquet*, lograr un pronunciamiento sobre el fondo que resuelva la controversia.

Nótese que, stricto sensu, la *carga de la prueba* constituye una regla que se aplica al momento en que juez va a adoptar su decisión, es principalmente una regla de juicio y no una regla que estatuye quién debe probar. No tiene sentido aplicarla, o siquiera pensar en ella, cuando el juez no tiene dudas sobre los hechos controvertidos.

Lo que sucede es que el efecto reflejo de la *carga de la prueba* es que las partes, por lo menos pueden intuir a favor de quién se va a inclinar el juez si tiene dudas sobre determinado hecho, o quién asume el riesgo de no haberse suministrado el material suficiente que permite la demostración de un hecho. De ello se deduce que en virtud de la *carga de la prueba* se estatuyen reglas sobre cuál de las partes compete la carga de producir la prueba de determinado hecho, sobre la distribución de las pruebas a ser ofrecidas. En ese sentido, Eisner (1991: 463) señala que “aunque se trate de una ‘regla de juicio’ es evidente que interesa y conviene a la parte, desde el comienzo del proceso y aun antes de promoverlo, conocer cuáles son esas normas sobre distribución del peso de la prueba; ya que en consecuencia con ellas ordenará su esfuerzo, examinará sus probabilidades y hasta decidirá si asume o no el peligro de litigar”.

De ahí que Rosenberg (2002: 27) sostenga que el problema de la *carga de la prueba* comprenda dos aspectos: uno *subjetivo*, relacionando con los litigantes, donde se debe identificar cuál de ellos tendrá que soportar el riesgo de la *afirmación* no demostrada; y, el otro *objetivo*, dirigido al juez, sobre qué hacer cuando, a pesar de sus esfuerzos, tenga dudas sobre algunos de los hechos controvertidos. A nivel de doctrina, jurisprudencia y normativa suele destacarse más el efecto reflejo

de la carga de la prueba (*aspecto subjetivo*) antes que el instituto en su verdadera dimensión (*aspecto objetivo*)⁽¹⁴⁾.

Así, el artículo 196 del Código Procesal Civil⁽¹⁵⁾ estatuye qué parte tiene la *carga de probar* tal o cual hecho, resaltando el aspecto *subjetivo* del instituto. Un proceso equitativo exige que se distribuya la cargas entre las partes, de modo que no sea solo una quien tenga que sopportar la acreditación de todos los hechos de la controversia.

23§. A pesar que desde un inicio el TC quiso diferenciarse de la regulación establecida para los procesos ordinarios, veremos que la regla de la *carga de la prueba* termina siendo la misma para ambos tipos de vías procesales. En efecto, desde un inicio el TC ponía sobre los hombros del demandante la carga de acreditar los hechos denunciados como ilegítimos, de manera que “en línea de principio, la carga de la prueba ha de corresponder pues a quien se siente agraviado” (STC Exp. N° 1257-1997-AA, fd. 1.a). De este modo, una vez demostradas las *afirmaciones* fácticas del demandante, correspondería a su contraparte “la probanza de no haber realizado las conductas consideradas como lesivas” (STC Exp. N° 1257-1997-AA, fd. 2).

No obstante, el TC viene usando de manera confusa al instituto de la *carga de la prueba*, situación que puede llevar a algunas complicaciones innecesarias. Con posterioridad al criterio antes citado, el TC estableció una regla preocupante, a saber: “Aunque en los procesos ordinarios es una regla común que la carga de la prueba recaiga en quien afirma hechos o en quien los contradice mediante otros distintos, dicha

(14) La señalada distinción es objeto de sendos cuestionamientos. Barbosa Moreira (1998: 75) señala que “el órgano jurisdiccional solo tiene que preocuparse, en rigor, en el aspecto objetivo de la carga de la prueba, no en su aspecto subjetivo. Ahora, semejante preocupación, como se comprende con facilidad, no ha de asaltar el espíritu del juez durante la instrucción de la causa, sino solo cuando, después de cerrada la recolección de las pruebas, haya llegado el instante de valorarlas para decidir”. Por su parte, Didier, Sarno y Olivera (2010: 82) señalan que “no interesa un análisis subjetivo de la prueba, de cuál sujeto sea el que la originó. El juez debe estar atento, al final de la instrucción, sobre las pruebas que fueron efectivamente producidas –independientemente de quien las produjo– y aquellas otras que no lo fueron, para atribuir las consecuencias debidas a aquella que no se desembarazó de su carga”.

(15) “**Artículo 196 del Código Procesal Civil.**– Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

máxima resulta particularmente distinta en materia de procesos constitucionales orientados a la tutela de derechos fundamentales, pues en tales circunstancias, presumida la afectación de un derecho constitucional, la carga de la prueba necesariamente se encuentra condicionada al principio de prevalencia de la parte quejosa. Conforme a este principio, la carga de probar necesariamente recae en la parte emplazada para que proceda a negar o desvirtuar las afirmaciones efectuadas por la parte demandante" (STC Exp. N° 1144-2003AA, fd. 2).

Tal vez lo que menos llame la atención sea el hecho que el TC se refiera en realidad a la llamada *carga de la prueba subjetiva*, la que como hemos visto solo tiene sentido cuando se aplica la *carga de la prueba objetiva*, situación que ni siquiera se menciona en el caso antes citado. Una manera correcta de expresarse hubiera sido: *si los elementos de prueba existentes no permiten al juez tener por demostrado la existencia o no de los actos lesivos denunciados, esa incertidumbre perjudicará al demandado.*

Dejando de lado ello, en definitiva, lo más resaltante de la decisión trascrita es que *el TC sostiene que en el amparo la carga de la prueba sobre la existencia o no de los hechos acusados de lesivos son de riesgo del demandado*. Bastaría así con que no se desvirtúen las meras alegaciones de los amparistas o que se mantenga la duda en el juez sobre cómo realmente ocurrieron los hechos o si estos realmente ocurrieron, para que aquel emita un pronunciamiento sobre los hechos favorables a la posición del demandante. ¡Qué incentivos significaría una regulación de esa naturaleza! Los que aún dudan entre buscar una solución amistosa o acudir a la vía judicial para discutir sus pretensiones tendrían mayores incentivos para el litigio; algo similar ocurriría con quienes dudan entre activar el amparo o acudir a las vías ordinarias que no tendría una regulación de ese tipo.

No tardó mucho el TC en precisar los alcances de su pretendida inversión de la *carga de la prueba*: "Si bien este Tribunal, en repetidas oportunidades, ha manifestado que la carga de la prueba en los procesos constitucionales se invierte, ello no exonera a la parte actora de presentar el instrumental probatorio suficiente que permita establecer la veracidad de sus afirmaciones" (STC Exp. N° 1694-2003-HC, fd. 3, STC Exp. N° 2696-2004-AA, fd. 4 y STC Exp. N° 2749-2004-AA, fd. 5).

La pregunta cae por sí sola: ¿Si hay una inversión de la regla de la *carga de la prueba*, por qué pesaría sobre el demandante la carga de acreditar la existencia de los hechos lesivos o amenazantes? La respuesta la brinda el mismo TC: “Aunque la carga de la prueba en los procesos constitucionales corresponde a la parte emplazada, para que ello ocurra, la parte demandante debe acreditar, mínimamente, que los hechos que le causan agravio son actuales, permanentes y que se encuentran relacionados con la parte emplazada (...) De lo contrario, el órgano jurisdiccional tendría que emitir pronunciamiento únicamente sobre la base de lo expuesto por la parte reclamante, aunque ello no se encuentre objetivamente corroborado” (STC Exp. N° 0289-2010-AA, fd. 5).

Lo señalado permite advertir que no es exacto el TC cuando sostiene que en el amparo existe una inversión de la *carga de la prueba*, ello porque en realidad exige que sea el demandante quien acredite la existencia de los hechos lesivos que *afirma*. En efecto, el TC sigue la misma línea que la establecida por el artículo 196 del Código Procesal Civil, según el cual para todo efecto corresponde al demandante y al demandado la carga de acreditar la veracidad de las *afirmaciones* que cada uno de ellos vierta al proceso. Primero, de acuerdo al mismo TC, corresponde al demandante la carga de certificar la existencia de los hechos considerados como lesivos y/o que amenazan, y que estos “se encuentran relacionados con la parte emplazada”. Segundo, corresponderá al demandado la carga de acreditar sus *afirmaciones* que, en líneas generales, pueden ir en el sentido de certificar que los hechos lesivos no ocurrieron o que, de ser así, no le son imputables o, en todo caso, que no inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho.

De acuerdo a ello, cabe preguntarse, ¿quién asume el riesgo si no se acredita la existencia de los hechos acusados de lesivos o amenazantes? El demandante, pues si no se acreditan los hechos que sustenta la pretensión, el demandante obtendrá un resultado perjudicial a sus intereses, esto es, no obtendrá la tutela que requiere. Por consiguiente,

debemos concluir que en el amparo se mantiene inalterable la regla de *carga de la prueba* que rige para las vías ordinarias⁽¹⁶⁾.

¿Qué ocurrirá si el demandante logra demostrar los hechos que afirma? Reiterada jurisprudencia del TC nos dice que allí recién operaría su “pretendida” inversión de la *carga de la prueba*, de modo que correspondería al demandado la carga de demostrar/argumentar algún supuesto fáctico o jurídico que lo libere de responsabilidad o que dé cuenta de la legitimidad de su comportamiento. Veremos que, en estricto, el supuesto a que se refiere el TC no es uno de inversión del *onus probando*, sino uno sobre la normal forma en que opera, pues si el demandado hace *alegaciones* que desvirtúan las del demandante, entonces tendrán la natural carga de demostrarlas, tal como lo prevé el artículo 196 del Código Procesal Civil.

Además de ello, como ya se habrá advertido, respecto del momento en que debe actuar el demandante no se puede predicar que ha operado una inversión de la *carga de la prueba*, pues en la etapa postulataria aún no se discute si existe incertidumbre o no sobre los hechos controvertidos (único supuesto habilitante para pensar en la aplicación de la regla de *carga de la prueba*), cosa que ocurre recién en la etapa decisoria, cuando podría entrar a tallar la *carga de la prueba subjetiva*. En efecto, precisa Eisner (1991: 462) “que el régimen de la carga de la prueba no interesa sino en el momento crítico en que debe expedirse el fallo y solo para el caso de que no existan en los autos, suficientes elementos de convicción –o pautas legales– respecto de la verdad o falsedad de los hechos discutidos”.

Asimismo, suele ocurrir que no existe controversia entre las partes sobre la existencia de los hechos calificados como lesivos o amenazantes por el demandante, siendo lo más problemático dilucidar la legitimidad o no de tales hechos. En ese caso tampoco podría hablarse sobre una inversión de la *carga de la prueba*, pues, a lo sumo, la

(16) Ahora bien, del estudio del caso de autos se advierte que el recurrente no acredita suficientemente su afirmación de que al haber sido internado en el Pabellón N° 3 del Centro Penitenciario de Régimen Cerrado de Lurigancho, su derecho a la seguridad (...) e integridad física y psicológica (...) se hayan vulnerado o estén amenazados de serlo, al no adjuntar ningún medio idóneo para sustentarlo (...). En consecuencia, no se aprecia que los derechos fundamentales alegados se hayan vulnerado” (STC Exp. N° 8508-2005-HC, fd. 4).

incertidumbre versaría sobre los alcances de los derechos en discusión, sobre su interpretación, y no sobre los hechos del proceso.

En definitiva, para el amparo las reglas sobre la *carga de la prueba* siguen siendo las mismas que las previstas para los procesos civiles, siendo incuestionable el traslado de tales reglas a la vía constitucional. En otras palabras, en el amparo no se ha instaurado la inversión de la *carga de la prueba* como una regla que favorezca al actor y perjudique al demandado, al contrario, es el demandante quien asume el riesgo de la falta de prueba de los hechos denunciados como lesivos o amenazantes.

24§. Ahora bien, como hemos visto al citar a Serra Domínguez (*supra* 2§), solo Dios no tiene necesidad de un proceso, bastándole la exposición de las *afirmaciones* de las partes para que pueda pronunciar una sentencia justa; en cambio, siendo los hombres falibles y *mendaces*⁽¹⁷⁾, se les exige acreditar con ciertos elementos la exactitud de las afirmaciones, a fin de que prevalezca su posición. En términos de Kisch (1950: 205) esta “necesidad de probar, para vencer, se llama *carga de la prueba*”. En la misma línea, Pescartore (citado por Micheli, 1989: 3) señalaba que la lógica del derecho impone a quien hace *afirmaciones* la carga de probar, pues no basta con alegar ante un juez para que este acepte tales hechos. De ahí que encuentre sentido el artículo 196 del Código Procesal Civil. Sin embargo, precisa Micheli (1989: 3) que nuestros perjuicios iusnaturalistas no nos deben llevar a dar un valor universal o absoluto a dicha regla.

(17) Sobre la relación entre verdad y abogado, explica Cipriano (2003: 178) que el proceso no admite que las partes y sus defensores tengan derecho a decir falsedades, pues “una cosa es poder decir y hacer todo lo posible (dentro de los límites de la legalidad para proteger los intereses del cliente, otra es poder evitar decir la verdad (quedando rebeldes o no compareciendo o callando); y otra es tener el derecho a mentir (...). La habilidad del defensor, pues, no está en contar cuentos sino en plantear tesis objetivamente o al menos aparentemente sostenibles, basándose en la lógica formal, en la doctrina, en la jurisprudencia y en cualquier otro argumento que pueda ser útil para poner en dificultad a la contraparte y convencer al juez del buen derecho de su asistido (...). Excluido, pues, que los abogados tengan el derecho de mentir, la ocasión es propicia para advertir que no parece que los abogados puedan ser deplorados (...) porque se esfuerzan en encontrar ‘sutilizas’ [‘cavilli’]. La ‘sutiliza’ no es una mentira, ni mucho menos algo ilícito, sino que es el fruto de la habilidad del defensor por encontrar en los pliegues del código o en los repertorios la norma o el precedente jurisprudencial que le permite vencer la causa”.

Sea como fuere, se debe tener en cuenta que el fundamento de la distribución de la *carga de la prueba* es el principio de equidad. Como bien nos indica Wach (2006: 223) tal regla “nace de la consideración razonable de que allí donde dos partes litigan y se les concede la palabra en forma igual para el ataque y la defensa *es equitativo no imponer a una sola de las partes la carga de la prueba*”.

A este respecto, se ha intentado crear reglas generales sobre la distribución de la *carga de prueba* que den predictibilidad a las decisiones judiciales y a la actividad probatoria que corresponde desarrollar a las partes. Por un lado, se dice que corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos del derecho que invoca, mientras que corresponde al demandado la prueba de los hechos extintivos o modificativos de tal derecho. La dificultad de definir en cada caso cuándo estamos ante uno u otro tipo de hechos hizo abandonar progresivamente esa distinción. De modo que la doctrina más reciente nos dice que la distribución de la *carga de la prueba* depende de la posición que tengan las partes respecto del efecto jurídico pedido, de modo que si una parte pretende beneficiarse de la aplicación de una norma jurídica ha de soportar la *carga de la prueba* del supuesto fáctico de esa norma.

25§. En doctrina se suele identificar que uno de los principales problemas de la *carga de la prueba* es que su uso irreflexivo podría dar lugar a situaciones de injusticia. Al respecto, el TC ha puesto en cuestionamiento el uso de la regla de la *carga de la prueba* cuando se trata de casos en donde el material probatorio que sirve a una de las partes se encuentra en poder de su contraparte (*cargas probatorias dinámicas* - infra 27§) o cuando el *hecho acusado de lesivo o amenazante* es de tal naturaleza que no existen *fuentes o medios de prueba* que puedan certificarlo (*principio precautorio* - infra 33§).

Algún sector de la doctrina y jurisprudencia se inclina por dar solución a tales casos a través de una inversión de la *carga de la prueba*. Cabe indicar, que al momento de analizar esos supuestos tendremos como norte el evitar –en una medida razonable– la aplicación de esas propuestas. Ello no porque rindamos tributo a la regla de la *carga de la prueba*, ni porque la consideremos intocable en sí misma, sino porque consideraremos que su llamada *inversión* también podría dar lugar a situaciones de injusticia, al menos cuando tal *inversión* opera con

respecto al tema principal de la controversia. P.e., un juez se encuentra en la incertidumbre sobre si ocurrió o no el *hecho lesivo* alegado por el demandante, en virtud de la doctrina antes señalada debería de resolver a favor del mismo demandante. Un mínimo sentido de justicia nos advertiría que se está condenando al demandado de manera arbitraría, pues no se configura la circunstancia fáctica de la norma que habilita su condena.

Dicho ello, podemos pasar a señalar que se suele decir que la llamada inversión de la *carga de la prueba* se puede dar por dos razones, ya sea porque media un *mandato legal* que dispone que, en determinadas circunstancias, operará una distribución de *carga de la prueba* distinta a la regla general (inversión *ope pegis*); o, porque media un *mandato judicial* que, en virtud de las circunstancias del caso concreto, justifica invertir la citada regla general (inversión *ope iudicis*).

Al respecto, Didier, Sarno y Olivera (2010: 82) consideran que en el primer caso solo estamos ante una excepción normativa a la regla genérica de *carga de la prueba*, y que seguimos ante una norma que regula en abstracto la *carga de la prueba*. No se trataría de un supuesto de inversión de la *carga de la prueba*, pues la regla contenida en la norma de excepción se mantendría inalterable, de modo que sería, stricto sensu, una *presunción legal relativa*, pues la parte que alega el hecho está eximida de probarlo, cabiendo a la otra parte la *carga de la prueba* de que el hecho no ocurrió. Siendo así, consideramos que en estos casos no se configuraría una situación de injusticia contra el demandado como la que denunciábamos anteriormente, porque precisamente el supuesto normativo prevé que ante la incertidumbre debe condenarse al demandado, quien sabe de esta regla desde el inicio del proceso.

En cambio, añaden los autores citados, el supuesto que opera *ope iudici* sí sería un verdadero caso de inversión de la *carga de prueba*, pues el legislador no establece una norma de excepción frente a otra norma general, sino que abre la puerta para que –en virtud de la apreciación de las circunstancias que concurren en el caso– sea el juez quien justifique una específica redistribución de la *carga de la prueba*. Es aquí donde pueden configurarse los riesgos de injusticia contra el demandado que antes hemos apuntado.

26§. Como bien reconoce Cornelutti la regla de la *carga de la prueba* necesita en algunos casos ciertas matizaciones para no dar lugar a algunas injusticias, pues “respecto de la búsqueda de las pruebas y la narración de los hechos, el peligro está en la *unilateralidad* del interés de la parte, por lo que esta no solo se ve estimulada a buscar únicamente las pruebas que le son favorables, sino hasta a ocultar las pruebas contrarias”.

Veamos: (i) A Ticio le beneficiaría la prueba del hecho “Y”, pero no está en condiciones de aportar medios probatorios sobre aquel; (ii) Cayo, su contraparte, sí está en condiciones de producir el material probatorio del hecho “Y”, ya porque está a su disponibilidad o le es más fácil acceder al mismo; (iii) A pesar de ello, Cayo decide no aportar tales medios de prueba; (iv) En consecuencia, la decisión, sustentada en regla general de *carga de la prueba*, termina siendo materialmente injusta.

¿Qué implica estar en mejores condiciones para producir el medio de prueba? Responde Barbeiro (2004: 101): “Que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria revista una posición privilegiada o destaca en relación al material probatorio en lugar de su contraparte. Es decir que, en virtud del papel que desempeñó en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio, o por ser el único que dispone de la prueba, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad”. ¿Cómo se identifica la disponibilidad o facilidad de una de las partes con respecto a los medios de prueba relevantes para la causa? Responde nuevamente Barbeiro (2005: 244): “Tal condición (de inferioridad o superioridad probatoria) puede surgir de la prueba o de la ‘actividad’ que las partes han desarrollado en tal sentido”, p. e., ¿quién podría tener un mejor acceso a la historia clínica de un paciente? ¿Este o el hospital? Por lo general, sino siempre, es este último y, a pesar de ello, el hospital demandado no ofrece tal documento al proceso, su actitud renuente nos daría *indicios* que la historia clínica de un paciente podría acreditar hechos que perjudican al demandado.

Para superar situaciones de injusticia que se podrían generar como consecuencia de insuficiencia probatoria existen dos posibilidades: (i) acudir al instituto de la inversión de la *carga de la prueba*, donde

destaca la doctrina de las *cargas probatorias dinámicas*; o, (ii) mantener la regla de la *carga de la prueba* con algunas matizaciones.

27s. La doctrina de las *cargas probatorias dinámicas* fue ideada por el profesor argentino Jorge Peyrano. Al respecto, en las V Jornadas Bonauerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal de 1992 celebradas en Junín - Argentina se declaró que “la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funciona adecuada y valiosamente las previsiones legales que (...) reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi* según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, v. gr., en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos” (citado por Peyrano, 1996: 1027).

Según los términos que venimos manejando diríamos que, *de acuerdo a la susodicha doctrina de las cargas probatorias dinámicas, cuando el juez se encuentra en incertidumbre sobre la aceptación o no de determinados hechos debe colocar la carga de la prueba respectiva en cabeza de la parte que se encontraba en mejores condiciones para producirla y no lo hizo. Esta propuesta supone un desplazamiento de la carga de probar que tenía una parte hacia la otra, allí donde el juez advierta que –por aplicación de la regla general– podrían generarse situaciones de injusticia.*

Cabe añadir que como bien acepta Peyrano (1997: 419), citando doctrina argentina, “el desplazamiento de la *onus probandi* será aceptable, solo si, respecto de tales hechos [controvertidos], el demandado se encontrara, a su vez en reales posibilidades de acreditarlos, pues en caso contrario, cuando las dificultades probatorias afecten tanto al actor como al demandado, la inversión de la carga procesal respectiva no halla justificativo alguno atento a que constituiría, también, un quebrantamiento a los (...) principios fundantes de la distribución del esfuerzo probatorio”.

Precisamente allí es donde la doctrina de las *cargas probatorias dinámicas* comparte el mismo fundamento de la regla de distribución de la *carga de la prueba*. Pues en situaciones como la descrita se genera

una notable desigualdad entre las partes del litigio, imponiéndose a una de ellas una carga excesivamente onerosa para probar la *afirmación fáctica* que le interesa. De modo que si, como vimos antes, la regla de distribución de *carga de la prueba* se sustenta en la equidad entre las partes, sería contrario a esa misma regla que en supuestos como el descrito se niegue la posibilidad de invertir las cargas para generar una situación de igualdad. He ahí la importancia del supuesto fáctico que se utilice para justificar tal inversión.

El TC ha aplicado esta teoría en el caso de una persona que se había pasado del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) al Sistema Privado de Pensiones. Al respecto, tal persona quería regresar al SNP alegando que la AFP no le había brindado información suficiente sobre las consecuencias de tal cambio, situación que le habría inducido a acordar su ingreso al SPP. Como quiera que el demandante no acreditara esa ausencia de información, el TC acudió a las teorías de *las cargas probatorias dinámicas* para invertir la *carga de la prueba*, imponiendo a manera de regla general que para estos casos es el demandado (la AFP) quien tiene la carga de acreditar la adecuada información de sus afiliados, debido a que está en mejores posibilidades de producir la prueba respectiva (STC Exp. N° 1776-2004-AA, fd. 50.C).

28§. No obstante, se podría objetar a esta construcción dos cuestiones. La primera tiene que ver con que sería insuficiente el hecho de que el juez tenga en cuenta que una de las partes tuvo a su disposición ciertos *medios de prueba* que no ofreció al proceso para concluir que tales instrumentales contenían información desfavorable al demandante. En efecto, la disponibilidad o facilidad para producir *medios de prueba* no nos dicen nada sobre su contenido. Es necesario contar además con razones adicionales que nos den luces de que el contenido de los *medios de prueba* son lesivos de los intereses de quien los oculta, pues de no ser así se estaría condenando al alguien sin que se configure el supuesto normativo que precisamente habilita la condena.

La segunda objeción contra las cargas probatorias dinámicas es más conocida y tiene que ver con el debido proceso. Al respecto, Dider, Sarno y Oliveira (2010: 87) señalan que “reservar la inversión de la carga de la prueba al momento de la sentencia, representa una ruptura con el sistema del *debido proceso legal*, ofendiendo a la garantía

del contradictorio. No se puede sancionar a la parte que no probó la veracidad o falsedad de determinada alegación sin que se le haya conferido la oportunidad de hacerlo (recuérdese que la *carga de la prueba subjetiva* acaba por condicionar la actuación procesal de la parte)”. Por su parte, Alvaro de Oliveira (2002: 19) precisa que “es inadmisible que sean los litigantes sorprendidos por visiones que se apoyen en un punto fundamental, sobre una visión jurídica que no se tenía percibida [en un cambio de reglas]. El tribunal debe, por lo tanto, dar conocimiento previo de aquella dirección o derecho subjetivo que corre peligro (...). En la misma orientación, la libertad concedida al juzgador (...) no dispensa la previa comunicación a las partes sobre los nuevos rumbos que serán imprimidos al litigio en homenaje al principio del contradictorio”.

Cabe preguntarse, entonces, ¿es posible superar las injusticias contra el demandante que pretende salvar la teoría de las *cargas probatorias dinámicas*, sin que ello suponga nuevas situaciones de injusticia contra el demandado? ¿Es posible vestir a un santo sin desvestir al otro? Creemos que sí.

29§. Hace mucho Cornelutti (1952: 98) sostenía que, *ante el riesgo que las partes escondan u omitan ofrecer medios de prueba relevantes para la resolución de la causa, la ley procesal debe imponer sobre la parte la carga de mostrar todos los medios de prueba de que dispone, de modo que si retiene u oculta algunos de ellos, podrá el juez construir una presunción resolviendo como si la prueba le fuera contraria*. En estricto, en este supuesto no operaría un traslado de la *carga de la prueba*, dado que ni siquiera se daría un supuesto de incertidumbre sobre los hechos que habilita aplicar la regla de *carga de la prueba*, sino que el juez estaría habilitado para construir una *presunción* a partir de la actitud renuente de una de las partes de mostrar todos los *medios de prueba* de que dispone. De modo que tomaría por verdaderos, *aceptaría*, ciertos hechos, eliminándose la situación de incertidumbre.

Tampoco existiría el riesgo de la vulneración del derecho al debido proceso, pues desde antes del inicio del proceso el demandado tendría conocimiento sobre las reglas en virtud de las cuales el juez podría resolver ante la incertidumbre sobre los *hechos* del proceso.

Ahora bien, como en toda *presunción*, en este último caso, la *validedad del razonamiento presuntivo* dependerá de la certeza del *indicio* del que se parte, en este caso: *que la parte efectivamente tenga disponibilidad o facilidad para acceder al medio de prueba y no lo haya ofrecido*. En efecto, al igual que para la teoría de las *cargas probatorias dinámicas*, si el juez tiene dudas sobre la disponibilidad o no de una de las partes sobre determinado medio de prueba, no podrá construir su *presunción* y, por lo tanto, no podrá superar tampoco sus dudas sobre determinados hechos, debiendo aplicar en consecuencia la regla general de *carga de la prueba*.

Alguien podría levantar la misma objeción que las cargas probatorias dinámicas, señalando que para construir la *presunción carneluttiana* se requiere como *indicio* tener por acreditado que una de las partes tiene a su disposición ciertos *medios de prueba* que no ofreció al proceso, pero que tales indicios aún son insuficientes, dado que no nos dicen nada sobre el contenido de los medios de prueba no aportado a la causa. De esta suerte, se requería de *indicios adicionales* que permitan verificar de que el contenido de los *medios de prueba* son lesivos de los intereses de quien oculta, pudiéndose recién formular como *presunción* que tales instrumentos de prueba benefician a la parte que no tenía acceso a estos.

No deja de tener sentido tal advertencia, sin embargo, estaría obviando el hecho que la *presunción carneluttiana* parte por asumir que pesa sobre las partes la *carga* de ofrecer *todos* los *medios de prueba* que tengan disponibles para la dilucidación de la controversia. De modo que la parte que no ofreció *medios de prueba* que, según los *indicios* existentes, tenía a su disposición, sufriría las consecuencias negativas de su proceder. Desde un punto de vista teórico, la imposición de tal carga se justifica en una visión cooperativa del proceso⁽¹⁸⁾, que impone la colaboración de todos los sujetos que participan en el proceso en la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos. Visión que precisamente es compartida por la gran mayoría de autores que buscan justificar la aplicación de las *cargas probatorias dinámicas*.

(18) Cfr. ALVARO DE OLIVERIA (2003: 19) y MITIDIERO (2009: 1).

En línea con ello, somos de la opinión de que es preferible acudir a una construcción de *presunciones* (Carnelutti) en lugar de una inversión de las *cargas probatorias* (Peyrano) en virtud de la exigencia constitucional que el juez agote todos los esfuerzos para llegar a la verdad de los hechos controvertidos. De acuerdo a esta exigencia, la teoría de la carga probatoria dinámica no tendría mucha cabida, dado que el juez primero debería tratar de definir la veracidad de los hechos, aplicando para ello todos los medios que tiene a su disposición, entre ellos, construir presunciones como la propuesta por Carnelutti y, solo si no puede hacerlo por no configurarse el *indicio* requerido (que la parte efectivamente tenga disponibilidad o facilidad para acceder al *medio de prueba* y no lo haya ofrecido), pasar a aplicar las reglas generales sobre *carga de la prueba*, situación en donde el juez ya no podría acudir a las *cargas probatorias dinámicas* por no concurrir el mismo *indicio* que justifica su aplicación.

Desde un punto de vista normativo, podemos justificar la propuesta de Carnelutti en el Código Procesal Civil (interpretación sistemática de los artículos IV, 188, 282 y 282) conforme a la cual podemos sostener que el sistema jurídico prevé que *el Juez puede construir presunciones desfavorables a una de las partes si muestran falta de cooperación en la acreditación de todos los hechos controvertidos u obstruyen las actividades tendientes a ello*. Situación que, obviamente, se daría si los medios de prueba existentes, la conducta de las partes sumada a *máximas de experiencia*, nos dicen que una de las partes tenía 'disposición' o 'facilidad' para acceder a ciertos *medios de prueba* relevantes, pero no los ofrece al proceso.

La idea del mandato legal genérico de ofrecer *todos* los medios de prueba que las partes tengan a su disposición es *incentivar* la actividad probatoria de la parte que tiene más fácil acceso o disponibilidad sobre aquellos, quien de no actuar así podría verse perjudicado. De tal suerte que si, a pesar de la carga legal que pesa sobre él, opta por no ofrecer todo el material probatorio disponible, permitirá construir una *presunción* válida en su contra.

De igual forma, en el *common law* se recurre a este tipo de *presunciones* ante la insuficiencia de medios de pruebas respecto de las cuales el demandante se encuentra en mejor posición para producirla.

Estamos hablando de la llamada doctrina de la *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas) aplicada a los casos de responsabilidad civil; la misma que revierte la situación perjudicial del demandante cuando no cuenta con pruebas sobre la negligencia del demandado, siempre que las pruebas estén bajo el control de la parte no interesada en que se encuentren. De este modo, la doctrina crea una inferencia artificial de negligencia a fin de crear en el demandado los incentivos para saber qué es lo que realmente pasó (Bullard, 2005: 221).

Además de lo señalado, consideramos que la regla que hemos derivado a través de una interpretación sistemática de las normas del Código Procesal Civil constituye una exigencia constitucional, pues de no instaurarse podría dar lugar a la vulneración del derecho de defensa, de igualdad de armas entre las partes. Al respecto el TC ha señalado que colocar al demandante en una situación en donde tenga que acreditar la realización de un hecho a través de instrumentales que no están a su disposición, sino del demandado, generaría un problema de *prueba diabólica*, pues el impedimento o imposibilidad de una persona de ofrecer un medio de prueba por causa de la otra parte o del juez, puede significar la afectación de su derecho a la igualdad de armas (SSTC Exps. N°s 4281-2007-AA, fd. 4 y 4558-2008-AA, fd. 9).

Por lo tanto, de acuerdo con el sistema constitucional, las partes van al proceso con conocimiento de que si cuentan con material probatorio relevante que no aportan a la causa, generando así un impedimento probatorio en el demandante, vulnerarán el derecho de defensa de este último, situación que podría legitimar al juez a construir, a partir de dicho proceder, *presunciones desfavorables* a los intereses del demandado.

Recuérdese que, de ser así, carece de sentido pensar en la aplicación de la regla de *carga de la prueba*, puesto que el juez estaría *aceptando los hechos* a partir de *presunciones*, no existiendo *incertidumbre* fáctica que justifique la aplicación de aquella regla.

30§. No obstante lo señalado, debemos confesar que las referencias que hace el TC a los casos en donde se configura *pruebas diabólicas* no dicen nada sobre la posibilidad de construir *presunciones* a partir del comportamiento del demandado, sino que, teniendo en cuenta

pronunciamientos antes citados (STC Exp. N° 1776-2004-AA, fd. 50.C) nos deberían llevar a concluir que el TC sugiere como solución que se invierta la *carga de la prueba*. Veamos un caso que explique esto.

La Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) solicita al Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi) que sancione a la empresa Hatuchay E.I.R.L. por la comunicación pública de obras musicales de dominio privado sin la autorización de sus titulares. La empresa denunciada señaló como argumento de defensa que Apdayc no había acreditado que detente el título para representar a los autores cuya música se difundía. Ante ello, Apdayc sostuvo que el artículo 147 de la Ley sobre Derechos de Autor (Decreto Legislativo N° 822) lo presume como titular para defender los derechos de los autores y compositores musicales, motivo por el cual correspondía a la empresa la carga de demostrar lo contrario. Al no ser posible destruir tal presunción, el Indecopi sancionó a Hatuchay E.I.R.L., motivo por el cual esta empresa formuló una demanda de amparo cuestionando tal decisión.

Llegada la causa al TC se estableció lo siguiente: "En el procedimiento sancionatorio seguido contra la recurrente en Indecopi resulta que la parte denunciada [Hatuchay] debe probar que la parte denunciante [Apdayc] carece del título del derecho que dice representar. Ahora bien, como es sabido, constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho. Si la sociedad colectiva denunciante afirma detentar la representación de determinadas obras, no resulta nada oneroso para ella exhibir el documento que la acredita. Por el contrario, si es a la parte denunciada a quien se exige acreditar que la sociedad colectiva carece del título de representación, significa ello una carga excesiva e intolerable. Esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado significa una carga excesiva, de difícil acreditación (...). Tal exigencia constituye un típico caso de 'prueba diabólica', dado que significa exigir al denunciado una prueba difícil e, incluso, de imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención" (STC Exp. N° 6135-2006-AA, fd. 6).

De acuerdo a ello, el TC declaró fundada la demanda de amparo, disponiendo que se inaplique a Hatuchay E.I.R.L. el artículo 147 de la Ley sobre Derechos de Autor y que se anule el procedimiento administrativo sancionador seguido en su contra. Siendo así, ¿es posible que el Indecopi realice nuevamente el procedimiento administrativo sancionador? Siempre que no haya operado un supuesto de caducidad de la supuesta infracción, creemos que es posible, siempre que se respeten los parámetros establecidos por el TC, esto es, que se invierta la *carga de la prueba* de modo que no pese sobre Hatuchay E.I.R.L. la carga de acreditar la falta de titularidad de Apdayc para representar los derechos de autor.

En resumen, de acuerdo al TC, cuando se presenten casos donde es difícil acreditar ciertos hechos debido a que los medios de prueba están a disposición o al más fácil acceso de la contraparte, el juez constitucional puede invertir él la carga de la prueba para resolver la controversia (recurriendo a la teoría de las cargas probatorias dinámicas) u ordenar que así lo haga la entidad que aplicó sin miramientos la regla de carga de la prueba lesionando el derecho a la igualdad de armas.

Si bien hemos hecho expresas nuestras objeciones a las propuestas de inversión de *carga de la prueba* (*supra 26§*), no podemos desconocer que la posición oficial, del TC nos dice que ello es factible en los procesos de amparo, al menos cuando no se pueden acreditar ciertos hechos porque la parte que tiene a su disposición el material probatorio pertinente no lo ofrece a la causa.

En todo caso, el lector podrá advertir que, si se aplicaran correctamente las instituciones probatorias, en escasísimas ocasiones sería necesario acudir a la teoría de la *carga probatoria dinámica* o a la construcción de *presunciones*, supuestos que, valgan verdades, sí permiten resolver la causa, pero no constituyen las opciones que acercan en la mayor medida posible a la verdad de los hechos. Efectivamente, si se verifica que una de las partes tiene a su disposición el material probatorio o tiene más fácil acceso a este, pero no lo aporta a la causa, se esperaría que el juez constitucional, valiéndose de sus facultades probatorias, ordene a la parte que corresponda adjuntar el material probatorio omitido, bajo apercibimiento. Si los jueces actuaran así, sería

innecesario acudir a construcciones jurídicas más elaboradas como las antes mencionadas.

31§. Otro supuesto donde suele decirse que se configura la inversión de la carga de prueba se da en los casos donde se busca aplicar el principio de prevención y el precautorio.

Como señalábamos inicialmente, existen algunos casos que nos hacen dudar de que el paradigma probatorio del amparo siga vigente. En efecto, en recientes pronunciamientos el TC habría cambiado el criterio que líneas atrás hemos delineado. Parecía que esa entidad sugería que cuando se peticiona tutela del derecho al ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política) no era exigible ofrecer *prueba evidente* sobre los hechos acusados de ser lesivos o amenazantes, sino que bastaría con que existan *indicios razonables* y suficientes de los daños o amenazas para declarar fundada la demanda. Ello al amparo de los principios de *prevención* y *precaución*, recogidos en normas, directivas y principios relacionados con la materia ambiental.

Para explicar brevemente esos principios es oportuno citar la opinión de Roberto Andorno quien expone que en los casos de *prevención*, la peligrosidad de la cosa o actividad es ya bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en el caso concreto. En cambio, en el caso de la *precaución* la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa [o actividad], porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto (Cfr. STC Exp. N° 03343-2007-PA, fd. 20).

Por lo tanto, si existe certeza de que ciertas actividades pueden dañar al medio ambiente o a la salud, lo que corresponde es exigir la adopción de medidas que permitan neutralizar tales daños. Tal es la característica del principio de *prevención*, existiendo certeza o, al menos aceptación general, que el futuro desarrollo de ciertas actividades pueden ser lesivas, siendo por ende exigible que antes del desarrollo de estas se tomen medidas para paliar o evitar que se produzcan deterioros en el medio ambiente (Cfr. STC Exp. N° 3442-2004-AA, fd. 8).

Veamos su aplicación a un caso concreto (STC Exp. N° 1206-2007-AA). Se formula una demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Recursos Naturales (Inrena) a fin de que se suspendan los concursos públicos de concesiones forestales sobre la “Zona A”, alegándose para dicho efecto que considerar a tal zona como *bosque de producción permanente* suponía una vulneración del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

Al respecto, el TC advirtió que en el año 1965 la “Zona A” había sido declarada como “Zona Reservada para el Estado” con la finalidad de preservar las especies acuíferas y los recursos hidrobiológicos, afectados con la indiscriminada pesca de estos. A partir de allí, el TC estableció que en sus concursos públicos el Inrena no había establecido ninguna exigencia que permita evitar los daños que la explotación maderera podría causar sobre los señalados recursos hidrobiológicos y especies acuíferas de la “Zona A”.

Por lo tanto, antes que se generen tales daños, antes que se hagan efectivas las concesiones otorgadas y las que estaban pendientes de ser otorgadas, el TC estableció que en aplicación del principio de *prevención*, el Inrena debía realizar un Estudio de Impacto Ambiental de toda la “Zona A” a fin de definir o paliar los daños que una futura actividad maderera podía ocasionar en la flora y fauna hidrobiológica.

Este es un típico caso de amparo contra amenazas de derechos. En primer lugar porque existe certeza que la “Zona A” es un lugar sensible en lo referido a su flora y fauna hidrobiológica, habiendo sido declarada por ello como “Zona Reservada para el Estado”, de tal suerte que deviene en casi incuestionable que si se realiza actividad maderera en dicho lugar por lo menos se alterarían las circunstancias normales en que se ha desarrollado el tipo de vida silvestre. En segundo lugar, porque el futuro hecho estaba próximo de ser realizado (se estaban realizando convocatorias públicas para otorgarse concesiones forestales), cumpliéndose así con el requisito de inminencia.

Para asegurar que tal alteración no degenera en una afectación del medioambiente, el principio de *prevención* exige que se suspenda el inicio de actividades de explotación forestal, a fin de que se adopten medidas para paliar o evitar la amenaza en ciernes. Siendo así, se

puede apreciar que en realidad el principio de prevención no supone una alteración del paradigma probatorio del amparo que antes hemos desarrollado. Incluso podemos decir que sin su instauración también hubiera prosperado un proceso de amparo alegando solo la existencia de una amenaza cierta e inminente contra el medioambiente.

32§. No podemos predicar lo mismo con respecto al principio de *precaución*, *precautorio* o de *cautela*. El TC precisa que tal principio “opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o al medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este” (STC Exp. N° 3510-2005-AA, fd. 4b). En otras palabras, aun cuando los conocimientos científicos no permitan determinar con certeza si tal actividad o producto son dañinos o no al medioambiente o a la salud, ello no debe ser óbice para tutelar preventivamente tales derechos constitucionales.

A diferencia del principio de *prevención*, en el caso del principio *precautorio* no habría certeza de si existe o no una amenaza o lesión efectiva de derechos. De acuerdo a ello, el primero podría actuar tanto *ex ante* como *ex post* en relación con los hechos acusados de lesivos o amenazantes del medioambiente y/o la salud, mientras que el segundo solo supone la adopción de medidas *ex ante*, esto es, antes de que existan evidencias científicas de que estamos ante hechos lesivos o amenazantes.

Una aproximación superficial a la aplicación del principio precautorio en el amparo, nos daría a entender que el demandante tendría definitivas ventajas sobre su contraparte porque *prima facie* no debería probar que el *hecho* acusado de lesivo o amenazante efectivamente se configura. Este principio en particular nos generaba serias dudas. Si los hechos de la controversia no estaban acreditados de manera manifiesta, ¿por qué se debía amparar la pretensión deducida en amparo? Al parecer, estábamos ante un cambio de reglas sentadas desde los inicios del amparo, se estaba cambiando al menos no de modo manifiesto como exige el paradigma probatorio del amparo.

Además de ello, un análisis superficial del principio precautorio nos indicaba que el TC, una vez más, estaba alterando algunos institutos

procesales. A esas alturas las ideas que teníamos sobre el proceso ya estaban protestando [o temblando] contra la aplicación del principio de precaución. ¡Acaso la insuficiencia probatoria o la falta de certeza sobre la existencia de los hechos dañosos imputados al demandado no favorece a este último! Aun cuando la doctrina y jurisprudencia actual permiten flexibilizar en algunos supuestos la carga de la prueba, eso no significa que han perdido vigencia las normas que lo regulan, esta sigue siendo la regla.

Al parecer iban a tener problemas, o ya los tenían, las empresas titulares de concesiones, licencias, permisos, etc., orientadas a desarrollar actividades que de alguna manera inciden o son conocidas por incidir en el medioambiente (tema definitivamente sensible), pues mediante un proceso donde los medios de defensa son limitados por no existir estación probatoria se podía lograr el retiro de antenas de telecomunicaciones (STC Exp. N° 0091-2004-AA), paralizar la exploración y/o explotación de minerales, petróleo (STC Exp. N° 3343-2007-PA), gas o algún otro recurso natural, sin que en tales casos fuera necesario que el juez tenga certeza si tales actividades generaban daños de manera manifiesta o amenazaban de manera cierta e inminente el medioambiente, tal como se exigía antes. Todo ello gracias al principio *precautorio*.

Se hace necesario comprender entonces qué hace tan especial al mencionado principio *precautorio* como para que, según parece, se justifique el alejamiento del paradigma probatorio del amparo.

33§. No es este el lugar para hacer una mención sobre los orígenes, la normativa (nacional e internacional) y, en general, la actual trascendencia que ha tenido el principio precautorio a nivel mundial, lo que por sí solo justificaría un estudio aparte. Para nuestros fines interesa establecer cuál es la justificación o la lógica que subyace tras dicho principio y para ello estimamos pertinentes recurrir a algunos pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales de las Comunidades Europeas nos referimos tanto a su Tribunal de Primera Instancia (TPI) como al superior jerárquico, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

En el caso *National Farmers' Union L*, el TJCE dejó establecido que “cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones [los Estados] pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”. Por su parte, el TPI en el caso *Pfizer Animal Health* dejó en claro que el principio precautorio se aplica en contextos donde existe incertidumbre científica, de modo que no cabe exigir el aporte de pruebas científicas concluyentes de la realidad del riesgo y de su gravedad, lo que no justifica su aplicación ante riesgos puramente hipotéticos, basados en meras suposiciones aun no verificadas científicamente.

Si estamos ante casos donde existe incertidumbre científica es evidente que la prueba del hecho es imposible o muy difícil de producir para ambas partes, debiendo por ende de descartarse de plano la posibilidad de usar, al menos en estos casos, la teoría de la *carga probatoria dinámica*, la *presunción carneluttiana* o la alegación del derecho a la igualdad de armas, dado que no concurre el supuesto habilitante: *disponibilidad o facilidad* de una de las partes sobre el material probatorio.

Al contrario de lo que se suele creer, en estos casos no se configura una alteración de la regla de la *carga de la prueba*, pues si el demandante no ofrece los elementos probatorios requeridos para aplicar el *principio precautorio* (indicios razonables y suficientes del riesgo y de su entidad) tendrá que soportar una decisión desfavorable.

Precisamente, el TC señala que “si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica –aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo–, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables” (STC Exp. N° 3510-2003-AA, fd. 4.C y STC Exp. N° 4223-2006-PA, fd. 33). Sin embargo, si “los medios probatorios son en su mayoría contradictorios” a tal punto que “luego de una evaluación conjunta de los mismos no puede llegarse al convencimiento de la existencia de indicios razonables y suficientes que posibiliten la aplicación del principio precautorio” y que “justifiquen la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables, tendientes a la salvaguarda

de un ambiente saludable”, no cabe otorgar la tutela de amparo requerida, pues “*so pretexto* de evitar un eventual daño al medio ambiente, la aplicación de dicho principio en modo alguno puede justificar actos arbitrarios y carentes de toda razonabilidad” (STC Exp. N° 5387-2008-PA, fd. 15 y 17).

En otras palabras, *si el demandante no acredita la existencia de indicios razonables y suficientes sobre los “posibles” riesgos que teme, se desestimarán su pretensión, es decir, asume el riesgo de la incertidumbre.* De acuerdo a ello, solo sería legítima la aplicación del *principio precautorio* si se sigue criterios de razonabilidad y/o proporcionalidad.

Asimismo, debe precisarse que el TC utiliza el término *indicio* en un sentido vulgar como “huella” o “signo” que mueve a creer algo al juez constitucional. En efecto, si se parte por afirmar que cuando se aplica el *principio precautorio* no se tiene certeza sobre los hechos acusados de lesivos o amenazantes, debemos descartar de plano que el TC haga referencia a los *indicios* en su sentido técnico, como integrante de una *presunción*, dado que en esos casos sí se llega a la certeza sobre los hechos controvertidos (supra 17§ y 18§). Sin embargo, como hemos advertido (supra 18§), si la estructura *indicio + razonamiento* no nos lleva a una conclusión *aceptable*, a una *presunción*, estaremos ante simples *juicios ligeros o conjeturas*, los mismos que aun cuando no acreditan del todo al menos nos dan indicaciones de que pudo ocurrir de cierto modo y no de otro.

Debe tenerse cuidado aquí de no caer en el error de aplicarse una pretendida *regla de experiencia* como si se tratara de la construcción de una *conjetura*. Como hemos visto, la primera es un conocimiento adquirido por vivencias anteriores que, por lo mismo, puede estar plagado de ciertos perjuicios; la segunda en cambio, es una construcción racional a partir de un hecho surgido de la controversia, a partir de la cual se puede derivar otro hecho.

Por lo tanto, si estamos ante una materia de difícil o imposible probanza (debido a la incertidumbre científica existente), para la aplicación del *principio precautorio* bastará con contar con simples *conjeturas* referidas a: (i) la probabilidad (alta o baja) de que realmente *exista* un riesgo contra el medioambiente o a la salud; y, (ii) el nivel de *gravedad* (alta

o baja) de ese posible riesgo (STC Exp. N° 4954-2007-AA, fd. 5). De acuerdo con ello, “pese a que no es imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta en cambio exigible que haya indicios razonables y suficientes [conjeturas] de su existencia para justificar la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables” (STC Exp. N° 6550-2006-PA, fd. 3).

Es en este punto que se necesitan hacer algunas precisiones. En un interesante trabajo sobre la materia, Sunstein (2009: 27) advierte que el *principio precautorio* en sus formas más estrictas es incoherente, dado que existen riesgos en todos los aspectos de la vida. De este modo, las medidas requeridas por el *principio de precaución* para controlar los riesgos, también pueden terminar oponiéndose a dicho principio porque cada una de ellas crea riesgos propios. Por lo tanto, la aplicación irreflexiva del *principio de precaución* puede ser paralizante, prohibiendo tanto la acción y la inacción como todos los estadios intermedios orientados a paliar el riesgo. Por ende, una aplicación razonable de tal principio debe partir por aceptar que no todo “ posible ” riesgo se puede evitar.

De ahí la necesidad de aceptar que *(a) demostrar que es probable que realmente existe un riesgo contra algún bien jurídico, por sí mismo no justifica la aplicación del principio precautorio*, pues, p. e., si la probabilidad de generarse daños es de 1 en 1'000,000, es poco conveniente paralizar actividades económicas invocando el *principio precautorio* para evitar ese riesgo menor. Al respecto, Sunstein (2009: 41) nos dice que invertir recursos para evitar peligros sumamente especulativos implica una distribución poco inteligente de recursos. “Si tomamos medidas costosas para abordar todos los riesgos, por más improbables que sean, pronto nos empobreceremos. En ese sentido, el principio de precaución conduciría a un resultado nada prometedor. Asimismo, eliminaría las tecnologías y las estrategias que facilitan la vida humana y la torna más cómoda, saludable y longeva”. Si manejar automóviles supone un riesgo contra la vida y, a su vez, afecta el medioambiente, ¿por qué no se aplica el principio precautorio y se restringe o prohíbe tal actividad? Los costos que significaría dejar de realizar esa actividad riesgosa superan con creces los daños que con su limitación se quisieran evitar. Por tanto, añade el autor citado, que una correcta aplicación del principio precautorio supone un análisis costo-beneficio de la medida limitadora que se pretenda instaurar.

Asimismo, se debe aceptar también que *(b) solo los riesgos que pueden generar daños inadmisibles justifican la aplicación del principio precautorio*; este criterio solo se aplicará si se ha superado de manera exitosa el supuesto (a). En efecto, no todos los riesgos deben ser pasibles de tutela a través de meras *conjeturas*, se requiere que estas den algunas luces sobre riesgos de significativa magnitud.

Veamos un caso. Unos vecinos formulan una demanda de amparo a fin de que cesen las actividades industriales de una empresa ubicada en una zona residencial. En autos se acreditó que la Planta de la citada empresa generaba emisiones blanquecinas que “originan situación de malestar en el entorno vecinal”, así como el uso de “sustancias nocivas, al igual que otras, en el proceso industrial” sin sobrepasar los límites permitidos. Si bien el TC reconoció tales hechos (que indudablemente inciden sobre un ambiente equilibrado y sano), consideró que no se trataba de hechos de significativa magnitud, desestimando el pedido de tutela (STC Exp. N° 3510-2003-A).

No obstante, la manera en que se venía entendiendo el *principio precautorio* ha sido modificada por el TC recientemente: “Al principio precautorio se le pueden reconocer algunos elementos. Entre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre estas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc. Una característica importante del principio anotado es el de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medioambiente” (STC Exp. N° 2005-2009-PA, fd. 49).

Vayamos por partes. Con respecto al punto (a) debemos precisar que para la aplicación del *principio precautorio* no se configura una amenaza en los términos propios del amparo (cierta e inminente), sino

que existe una posibilidad medianamente *aceptable* de que exista un *peligro significativo* contra un bien jurídico, una *conjetura* de que ello se ha configurado en el caso concreto. Los puntos (b) y (c) mantienen inalterable la noción que venía manejando el TC sobre el *principio precautorio*. Sin embargo, es nueva la idea de que la aplicación de dicho principio contiene una inversión de la *carga de la prueba*, de manera que la falta de certeza del juez sobre los hechos controvertidos perjudicaría al demandado. Tal situación nos parece sumamente arbitraria, dado que precisamente estamos ante casos donde existe incertidumbre científica, de modo que siempre que se formule una demanda de amparo en el sentido antes descrito, se condenará al demandado.

En todo caso, se podrá advertir que es indudable que en el caso del principio precautorio se rompe completamente con el paradigma probatorio del amparo (que exige *prueba evidente*), ello a fin de que se tomen decisiones a partir de meras *conjeturas*. Por ende, al no existir certeza sobre los hechos de la controversia, no puede afirmarse que en estos casos se emitan decisiones con autoridad de cosa juzgada, siendo perfectamente posible que se vuelva a abrir la causa siempre que se cuente con elementos probatorios distintos y adicionales a los que se tuvieron en cuenta en un inicio.

345. Como se advirtió al inicio, el propósito de estas líneas no ha sido otro que tratar de tener los elementos suficientes para comprender de mejor manera cómo es que funcionan o, deben funcionar, algunas instituciones de la prueba en el amparo. De ningún modo la idea ha sido tratar de cuestionar sin más las decisiones del TC, ni mucho menos que estamos en la senda correcta. En Derecho muy pocas veces ocurre que alguien está completamente en lo correcto. La finalidad ha sido solo tratar de abrir nuevas alternativas a las mismas materias ya resueltas por el TC. Recuérdese que Orgaz (1961: 13) señalaba que el juez que vive el caso se inclina en las situaciones más graves a dar primacía a los requerimientos de la justicia, aun con cierto menoscabo, aparente o real, de la incolumidad de las construcciones teóricas. Muy probablemente esa sea la razón por la que el TC en algunas ocasiones no se apoye mucho a las instituciones procesales, flexibilizándolas a través de su tantas veces mentada, ‘autonomía procesal’.

35§. Bibliografía

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "A garantia do contraditório". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Volumen V. Palestra Editores, Lima, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "Poderes del juez y visión cooperativa del proceso". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Volumen VII. Palestra Editores, Lima, 2003.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeras linhas de direito procesual civil*. 14^a edición. Volumen II. Editora Saraiva, São Paulo, 1988.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. "O processo civil e sua recente reforma. Os princípios do direito processual civil e as novas exigências impostas pela reforma, no diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 a 461". En: Teresa Arruda Alvim Wambier (organizadora), *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

BARBEIRO, Sergio José. "Cargas probatorias dinámicas: qué debe probar el que no puede probar". En: Jorge Peyrano (director), *Cargas probatorias*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

BARBEIRO, Sergio José. "La conducta procesal de las partes como pauta atributiva de la carga probatoria". En: Jorge Peyrano (director), *Valoración judicial de la conducta procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "As presunções e a prova". En: *Temas de direito procesual civil*. 1^a Serie Editora Saraiva, São Paulo, 1998.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

BONNIER, Eduardo. *Tratado teórico práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*. Volumen I. Editorial Reus, Madrid, 1929.

BRICHETTI, Giovanni. *La evidencia en el Derecho Procesal Penal*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.

BULLARD, Alfredo. "Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil". En: *Themis*. N° 50, Lima, 2005.

CALAMANDREI, Piero. "La génesis lógica de la sentencia civil". En: *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

CALAMANDREI, Piero. "El juez y el historiador". En: *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil III. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.

CARNELLI, Lorenzo. "Las máximas de experiencia en el proceso de orden dispositivo". En: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Ediar Editores, Buenos Aires, 1946.

CARNELUCCI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Volumen II. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.

CARNELUCCI, Francesco. *La prueba civil*. 2^a edición. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

CARRERAS, Jorge. "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones". En: *Revista Jurídica de Cataluña*. Año LXI, N°s. 3 y 4, mayo y agosto, Barcelona, 1962.

CHIOVENDA, Giuseppe y LIEBMAN, Enrico Tilio. "Estudo comparativo das provas". En: *Revista Forense*. Volumen LXXXV, Año XXXVII, Rio de Janeiro, 1940.

CIPRIANI, Franco. "El abogado y la verdad". En: *Poder Judicial*. N° 72, Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Madrid, 2003.

CORNERO, Guillermina. "Valor probatorio de la conducta procesal". En: Jorge Peyrano (director), *Valoración judicial de la conducta procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3^a edición. Depalma, Buenos Aires, 1964.

DEVIS ECHEANDIA, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. 2^a edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

DIDIER, Fredie Jr.; SARNO, Paula y OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Volumen II. 5^a edición, Editora JusPodivm, Bahía, 2010.

DÖHRING, Erich. *La prueba, su práctica y apreciación*. Traducción de Tomás Banzhaf. Librería "El Foro", Buenos Aires, 1996.

EISNER, Isidoro. *Planteos procesales. Ensayos y notas sobre el proceso civil*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1991.

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "El nuevo contencioso-administrativo: ¿principio del fin de nuestro amparo alternativo?". En: *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Ara Editores, Lima, 2003.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Traducción de Simón Carrejo. Editorial Temis, Bogotá, 1973.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. 2^a edición. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

FURNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*. Traducción de Sergio González Collado. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

FUX, Luiz. "A tutela dos direitos evidentes". En: *Jurisprudencia do Superior Tribunal de Justiça*. Año 2, N° 16, Brasilia, 2000.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentativas de la prueba*. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

GRACIMARTÍN MONTERO, Regina. *El objeto de la prueba en el Proceso Civil*. Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.

GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas. Essay de un método técnico*. 2ª edición. Editorial Temis, Bogotá, 2004.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 4ª edición. Revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses. Editorial Civitas, Madrid, 1998.

KISCH, W. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

KIELMANOVICH, Jorge. "El valor probatorio de la conducta procesal de las partes". En: AAVV, *Debido proceso*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

LACERDA, Galeno. "O Código como sistema legal de adequação do processo". En: *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul - Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976*, s/e, Porto Alegre, 1976.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980.

MATTIROLO, Luis. *Tratado de Derecho Judicial Civil*. Tomo II. Traducción de Constancio Bernaldo De Quirós. Editorial Reus, Madrid, 1933.

MICELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Temis, Bogotá, 1989.

MICELI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*. Traducción de Juan Monroy Palacios, Editorial Communitas, Lima, 2009.

MONROY GÁLVEZ, Juan. "Proceso y Constitución en el nuevo amparo peruano". En: Roberto Omar Berizone, Juan Carlos Hitters y Eduardo David Oteiza (coordinadores), *El papel de los Tribunales Superiores*. Segunda Parte. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5^a edición. Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

MORELLO, Augusto Mario. *Un caso difícil (el arduo armado de la construcción presuncional)*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

MORELLO, Augusto Mario. *Dificultades de la prueba en procesos complejos*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. "Indicios probatorios en los escritos de alegaciones". En: *Revista Jurídica de Cataluña*. Año LXVIII, N° 3, Barcelona, 1969.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*. Editorial Temis, Bogotá, 1997.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de prueba judicial civil*, L.E.C. 1/2001. JM Bosch Editor, Barcelona, 2001.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Introducción a la probática*. JM Bosch Editor, Barcelona, 2008.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Tomo IV. 3^a edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997.

PARRA QUIJANO, Jairo. "Razonamiento judicial en materia probatoria". En: AAVV., *XXIX congreso colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre-Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2007.

PEYRANO, Jorge W. "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas". En: *Derecho Procesal Civil, de acuerdo al C.P.C. peruano*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1995.

PEYRANO, Jorge W. "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Tomo 1996-B, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1996.

PEYRANO, Jorge W. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica". En: *Revista de Derecho Procesal*. N° 3, Volumen II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997.

PEYRANO, Jorge W. "Carga de la prueba. Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios". En: *Athina*. N° 2, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.

PEYRANO, Marcos. "La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal. Su verdadera naturaleza jurídica". En: Jorge Peyrano (director), *Valoración judicial de la conducta procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

PEYRANO, Guillermo. "La valoración de la conducta procesal de las partes en el trámite de la acción de amparo (la correlación entre la urgencia invocada y la diligencia procesal)". En: Jorge Peyrano (director), *Valoración judicial de la conducta procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. "Enjuiciamiento Civil". Tomo I, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008.

RIVAS, Adolfo. "Perspectivas del amparo después de la reforma constitucional". En: *Revista de Derecho Procesal*. N° 4, Volumen I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2^a edición. Traducción de Ernesto Krotoschin. Editorial IB de F, Montevideo, 2002.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Ángela Romera Vera. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Probatorio*. Communitas, Lima, 2009.

SENTIS MELENDO, Santiago. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2^a edición. Traducción de Andrés De la Oliva Santos. Editorial Temis, Bogotá, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*. Traducción de Verónica Inés Weinstabl y Servanda María de Hagen. Katz Editores, Madrid, 2009.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2^a edición. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta, Madrid, 2005.

TARUFFO, Michele. "Sentido común, experiencia y ciencia en el razonamiento del juez". En: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Traducción de Beatriz Quintero. Editorial Temis, Bogotá, 2006.

TARUFFO, Michele. "Consideraciones sobre las reglas de experiencia". En: AAVV., *XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre-Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volumen I. 47^a edición. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

VELÁSQUEZ M., Raffo. "Proceso constitucional de amparo ¿vía alternativa, residual o complementaria de tutela?". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Volumen 13. Editorial Communitas, Lima, 2009.

VELÁSQUEZ M., Raffo. "El sentido de la subsidiariedad del amparo. Notas sobre sus orígenes en el sistema argentino". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 101. Editorial Normas Legales, Trujillo, 2009.

VELÁSQUEZ M., Raffo. "¿Actuación oficiosa de medios probatorios ante la duda del juez constitucional?". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 27. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010.

WACH, Sergio. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ara Editores, Lima, 2006.

Capítulo

3

La prueba en el proceso de cumplimiento

La “prueba” (acreditación de requisitos) en el proceso de cumplimiento

Juan Manuel SOSA SACIO^(*)

El proceso de cumplimiento, a diferencia de los demás procesos constitucionales de la libertad, no requiere de la presentación de “pruebas” en sentido estricto, pues estas implican constatar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos, cuando lo que en este proceso se persigue es la acreditación de la existencia de un mandato inmediatamente ejecutable; tal como lo ha reconocido el autor en este trabajo. Así, tras un breve repaso por las notas características de este proceso, explica con especial detalle los aspectos que pueden ser objeto de probanza en el proceso de cumplimiento: la legitimación activa, las características –legal y jurisprudencialmente establecidas– del mandamus exigible y, por último, el requisito especial de la demanda.

PRELIMINARES

Este trabajo, que forma parte de una obra colectiva dedicada a la prueba en los procesos constitucionales, debería abordar los principales asuntos probatorios vinculados al proceso de cumplimiento. No obstante, sucede que en este proceso no es necesario presentar

(*) Graduado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe del Área de Derecho Constitucional de Gaceta Jurídica y coordinador general de la revista especializada *Gaceta Constitucional*.

pruebas en sentido estricto, pues ellas implican constatar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre *hechos*, y no serían *hechos* los que se discuten en el proceso de cumplimiento, a diferencia de los demás “procesos constitucionales de la libertad”.

Efectivamente, en el proceso de cumplimiento debería ser suficiente con acreditar la existencia de un mandato inmediatamente ejecutable, a modo de “título ejecutivo”. Así, no sería necesario demostrar la verdad, conforme a pruebas, del contenido del *mandamus*. Bastaría con tener certeza sobre el mérito ejecutivo del documento que lo contiene⁽¹⁾.

Pero el asunto no es tan sencillo. El Tribunal Constitucional ha señalado ciertos requisitos que debe tener el *mandamus* para que sea exigible; asimismo, el Código Procesal Constitucional prevé distintos supuestos de legitimidad para demandar y prescribe que debe adjuntarse a la demanda un “requisito especial” que evidencie la renuencia a cumplir el mandato. Si bien estas no son cuestiones en esencia “probatorias”, sí es necesario demostrar que estos requisitos exigidos han sido satisfechos. Por esta razón, atendiendo a la finalidad de esta obra, nos dedicaremos a estos tres asuntos –requisitos del *mandamus*, legitimidad activa y requisito especial de la demanda– que necesitan ser verificados por el juez para que la demanda proceda y, posteriormente, sea declarada fundada.

Adicionalmente, debemos mencionar que si bien el objeto del proceso de cumplimiento no es la protección de derechos fundamentales, sino obligar a la Administración a cumplir con el *mandamus* exigible contenido en un acto administrativo o en una ley, el Tribunal Constitucional ha resuelto tutelando (indirectamente) derechos fundamentales y ha utilizado el proceso de cumplimiento como si fuera uno de protección de derechos constitucionales. Ello, como también veremos, implica que algunas consideraciones sobre la prueba en los procesos

(1) En tal sentido, en el proceso de cumplimiento podemos referirnos a “pruebas” solo de manera referencial, aludiendo en realidad a la “acreditación” de los requisitos necesarios para que se resuelva favorablemente la demanda. En atención al tema general de este libro, será en este sentido referencial (si bien inexacto) al que aludiremos cuando nos refiramos a “pruebas” entre comillas.

constitucionales de la libertad puedan ser extrapoladas al proceso de cumplimiento.

Señalado esto, presentemos a continuación la estructura de nuestro trabajo. Empezamos enunciando de manera sucinta los rasgos distintivos del proceso de cumplimiento; luego nos referiremos a la prueba en los procesos constitucionales de tutela de derechos (amparo, hábeas corpus y hábeas data); seguidamente, explicaremos lo que podría entenderse por “prueba” específicamente en el proceso de cumplimiento; finalmente, en los tres últimos acápitres nos avocamos a aquello que debería ser acreditado en los procesos de cumplimiento, a saber: la legitimidad para demandar, los requisitos que debe satisfacer el mandato para que sea exigible y el requisito especial de la demanda (“documento de fecha cierta”).

I. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO

Atendiendo a la finalidad de este estudio, no corresponde explicar de manera extensa las características esenciales del proceso de cumplimiento, asunto al que ya nos hemos referido al detalle en otras ocasiones⁽²⁾. Por ello, solo haremos un recuento general y resumido de los rasgos esenciales de este proceso, con la finalidad de poder explicar después lo que podría “probarse” en él (acreditarse, en realidad), teniendo en cuenta además la actividad probatoria que se puede realizar en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

Así, el proceso de cumplimiento, a partir de su diseño legislativo y desarrollo jurisprudencial, tiene las siguientes características:

- **Es una “garantía constitucional” prevista por la Constitución y, en ese sentido, se trata de un proceso constitucional** (o constitucionalizado si se prefiere). Al respecto, que sea un proceso constitucional (o garantía constitucional) implica, como sucede con los

(2) SOSA SACIO, Juan Manuel. “El proceso de cumplimiento”. En: *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. Luis Castillo Córdova (coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 247-300; Ídem, “Proceso ‘constitucional’ de cumplimiento y tutela indirecta de los derechos fundamentales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 14, tomo 124, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2009, pp. 69-81; Ídem, “Precisiones sobre el proceso de cumplimiento”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 14, N° 131, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, pp. 43-53.

otros procesos similares, que la propia Carta Fundamental indica: (1) cuál es su objeto protegido; (2) que su regulación debe realizarse mediante ley orgánica; y (3) que al Tribunal Constitucional le corresponde resolver este proceso como última y definitiva instancia.

- **El objeto del proceso de cumplimiento es que la Administración cumpla con un deber omitido;** es decir, que –pese a su renuencia– acate normas legales, ejecute actos administrativos firmes y se pronuncie cuando las leyes le ordenan emitir resoluciones administrativas o dictar reglamentos⁽³⁾. En este sentido, **su objeto es de rango infraconstitucional**.
- **El proceso de cumplimiento es un proceso ejecutivo;** mejor aún, es un proceso administrativo de naturaleza ejecutiva⁽⁴⁾. En efecto, a la luz de lo señalado en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y el precedente vinculante contenido en la STC Exp. N° 0168-2005-PC/TC (f. j. 14-16) en el proceso de cumplimiento no corresponde demostrar la titularidad prima facie de un derecho fundamental ni la eventual lesión de su contenido protegido⁽⁵⁾, sino que debe acreditarse la existencia de un mandato de obligatorio cumplimiento, incondicional, cierto, líquido, vigente, etc., para que el juez constitucional acoja la demanda (además de la renuencia de la Administración). El acto administrativo o normativo que contiene este mandato es una especie de “título ejecutivo administrativo”.

(3) Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar. “El proceso de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional”. En: AA. VV. *Introducción a los procesos constitucionales*. Jurista, Lima, 2005, p. 195. Ahora bien, consideramos conveniente mencionarlo, la finalidad de este proceso puede ser de rango constitucional y referirse a “la eficacia de las leyes y los actos administrativos” al que alude un sector relevante de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Nos hemos referido a ello particularmente en SOSA SACIO, Juan Manuel. “Precisiones sobre el proceso de cumplimiento”. Ob. cit., pp. 45-47, y 49-50; e ídem. “El proceso de cumplimiento”. Ob. cit., pp. 259-264.

(4) Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Las nuevas relaciones entre el proceso constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo: la sentencia recaída en el expediente N° 0168-2005-PC/TC, caso ‘Maximiliano Villanueva Valverde’”. En: *Derecho Administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Jorge Danós Ordóñez, Eloy Espinosa-Saldaña, Diego Zegarra Valdivia (coordinadores). Palestra, Lima, 2007, pp. 468-470; con distinto énfasis, SOSA SACIO, Juan Manuel. “El proceso de cumplimiento”. Ob. cit., pp. 295-296.

(5) SOSA SACIO, Juan Manuel. “Contenido constitucionalmente protegido y sustento constitucional directo de los derechos protegidos a través de los procesos constitucionales”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 12, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2008, pp. 28-30.

- **A través del proceso de cumplimiento se ha tutelado derechos fundamentales, aunque de manera excepcional.** Efectivamente, en la práctica mediante este proceso se ha protegido de manera indirecta diversos derechos constitucionales⁽⁶⁾. Aunque el objeto del proceso sigue siendo infraconstitucional, a partir del cumplimiento de normas legales y actos administrativos el Tribunal Constitucional ha salvaguardado ciertos derechos comprometidos, aprovechando el carácter urgente (o ejecutivo) que el cumplimiento comparte con los procesos de tutela de derechos fundamentales⁽⁷⁾.
- **El Tribunal ha extendido al proceso de cumplimiento ciertas características exclusivas de los procesos de tutela de derechos fundamentales**, considerando que el cumplimiento es un proceso de este tipo. Esto se deja apreciar, por ejemplo, en la aplicación de ciertas disposiciones del Título I del Código Procesal Constitucional (“Disposiciones generales de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento”) vinculados con la tutela iusfundamental; en la tutela indirecta de derechos fundamentales a partir de la “doble naturaleza” de los procesos constitucionales; en la conversión de procesos de cumplimiento en procesos de amparo para resolver sobre el fondo; al utilizar la técnica del estado de cosas inconstitucional, etc.

Caracterizado así el proceso de cumplimiento, analicemos a continuación cuál es el papel que cumple la prueba en los procesos de tutela de derechos fundamentales. Luego de ello, teniendo en cuenta las

(6) Cfr. TITO PUCA, Yolanda Soledad. “La protección ‘indirecta’ del derecho a la salud a través del proceso de cumplimiento”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 8, Gaceta Jurídica, agosto de 2008, Lima, pp. 491-497; SOSA SACIO, Juan Manuel. “Proceso ‘constitucional’ de cumplimiento y tutela indirecta de los derechos fundamentales”. Ob. cit., pp. 79-81. El Tribunal Constitucional ha protegido “indirectamente” a través del proceso de cumplimiento derechos constitucionales como a la salud; a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso; a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, a la participación política y a la pensión.

(7) Debemos mencionar que el Tribunal ha considerado, a partir del precedente vinculante establecido por la STC Exp. N° 00168-2005-PC/TC, que el objeto del proceso de cumplimiento es la tutela del derecho constitucional no enumerado al cumplimiento de las normas legales y los actos administrativos. Sin embargo, esta perspectiva confunde la finalidad y el objeto del proceso de cumplimiento, como hemos explicado en nuestros textos citados en la nota 2 de este trabajo.

peculiaridades del cumplimiento, nos referiremos en los subsiguientes acápite a aquello que corresponde ser acreditado en esta vía.

II. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La prueba en los procesos constitucionales en tanto procesos urgentes y sin etapa probatoria

Como se sabe, el Código Procesal Constitucional no contempla una etapa para la actuación de pruebas en los procesos constitucionales⁽⁸⁾. Sin embargo, de ello no se deduce que en estos procesos no se pueda o deba actuar medios de prueba. Al respecto, sería prácticamente imposible demostrar la afectación o amenaza de un derecho fundamental prescindiendo de toda actividad probatoria. Siempre se requerirá de medios de prueba, aunque su actuación sea mínima. Efectivamente, no son los medios probatorios en general los que se excluyen en los procesos constitucionales, sino más bien aquellos que demandan una compleja actividad probatoria⁽⁹⁾. Como ha explicado el Tribunal Constitucional, “lo que existe en realidad es solo una limitación de la actuación probatoria, pues en la práctica es indispensable la presentación de pruebas que acrediten la violación o amenaza de un derecho constitucional”⁽¹⁰⁾.

Es más, la prueba en estos procesos no solo es *possible*, sino en muchos casos es *necesaria e indispensable*⁽¹¹⁾ pese a su complejidad, por ejemplo cuando no existe una vía mejor para solicitar la tutela iusfundamental o atendiendo al especial valor material de algunos derechos en el ordenamiento constitucional. Al respecto, un sector de

(8) Código Procesal Constitucional

“Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa”.

(9) STC Exp. N° 04251-2007-PA/TC, f. j. 6; RTC Exp. N° 06041-2008-AA/TC, f. j. 8; STC Exp. N° 01963-2006-AA/TC, f. j. 14; RTC Exp. N° 01371-2008-PA/TC, f. j. 3; RTC Exp. N° 00927-2007-PA/TC, f. j. 5 y 6.

(10) STC Exp. N° 03081-2007-PA/TC, f. j. 3.

(11) STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC, f. j. 12.

la doctrina nacional ha destacado adecuadamente que la ausencia de etapa probatoria no puede servir de justificación para rechazar sin más demandas constitucionales, como si se tratara de una causal de improcedencia⁽¹²⁾. Como se sabe, sí es una causal de improcedencia acudir a los procesos constitucionales cuando existe una mejor o igual vía para la tutela del derecho⁽¹³⁾, pero no lo es la mera presentación de pruebas en un proceso constitucional.

De esta forma, corresponderá declarar improcedente una demanda constitucional si existe una vía judicial distinta a la constitucional que permita el conocimiento y la valoración adecuados de las pruebas del caso, y en la que sea posible además una igual o mejor protección a los derechos involucrados. De no ser así, pese a no existir etapa de actuación probatoria en los procesos constitucionales y a que las pruebas denotan cierta complejidad, los jueces constitucionales no deberían eximirse de brindar tutela⁽¹⁴⁾. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el propio Código Procesal Constitucional habilita al juez a admitir

(12) LÓPEZ FLORES, Berly Javier F. "Del mito de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales de amparo. El misterio en materia laboral de despidos". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 11, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008, pp. 567 y 571.

(13) **Código Procesal Constitucional**

"Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...) 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; (...)".

(14) STC Exp. N° 2682-2005-PA/TC, f. j. 6, 7 y 9: "Si bien los procesos constitucionales de tutela de derechos y entre ellos el de amparo carecen de etapa probatoria (...), esta disposición debe ser interpretada desde la Constitución (...). La consecuencia de esta interpretación es que, aun cuando determinadas controversias (...) presentan aspectos que requieren una acentuada actividad probatoria, ello no es motivo para concluir en la inidoneidad del proceso de amparo y la consiguiente declaración de improcedencia de la demanda. Cuando el derecho presuntamente amenazado o lesionado detenta un *especial valor material* en el sistema de derechos constitucionales dada su condición de presupuesto para el ejercicio de los otros derechos (...) la declaración de improcedencia que, prima facie, deriva de la ausencia de una etapa probatoria en el proceso de amparo, debe ser morigerada (...) [S]iempre que el derecho cuya protección se solicita detente un especial valor material y los hechos controvertidos no estén plenamente esclarecidos, el juez, al admitir la demanda, debe acopiar toda la información relevante que contribuya a formar *plena convicción* respecto a cada uno de los extremos del hecho controvertido (...), valiéndose, al efecto, de todas las instrumentales que pueda solicitarse de los órganos competentes e, incluso, de exigirlo así las características del caso, de efectuar una inspección ocular en el lugar de la presunta amenaza o lesión de un derecho constitucional".

material probatorio sobre hechos nuevos⁽¹⁵⁾, a realizar las actuaciones que considere indispensables, incluso sin notificación previa a las partes⁽¹⁶⁾, y a solicitar información y documentos que estime necesarios a las dependencias del Estado⁽¹⁷⁾, atendiendo a que la finalidad última de los procesos constitucionales es la vigencia de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución⁽¹⁸⁾.

Ahora bien, no obstante las referidas facultades directivas del juez, es a los demandantes a quienes les corresponde inicialmente aportar el material probatorio necesario para demostrar la afectación de derechos fundamentales, así como a los demandados defenderse⁽¹⁹⁾, teniendo en cuenta que la estructura del proceso de amparo no parece

(15) **Código Procesal Constitucional**

"Artículo 21.- Incorporación de medios probatorios sobre hechos nuevos al proceso

Los medios probatorios que acreditan hechos trascendentales para el proceso, pero que ocurrieron con posterioridad a la interposición de la demanda, pueden ser admitidos por el juez a la controversia principal o a la cautelar, siempre que no requieran actuación. El juez pondrá el medio probatorio en conocimiento de la contraparte antes de expedir la resolución que ponga fin al grado".

(16) **Código Procesal Constitucional**

"Artículo 53.- Trámite

(...) Si el juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios.

El juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida esta. (...)".

(17) **Código Procesal Constitucional**

"Artículo 119.- Solicitud de información

El Tribunal puede solicitar a los poderes del Estado y a los órganos de la Administración Pública todos los informes y documentos que considere necesarios para la resolución de los procesos de su competencia. En tal caso, el Tribunal habilita un plazo para que las partes conozcan de ellos y puedan alegar lo que convenga a su derecho.

El Tribunal dispone las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecta a determinada documentación, y el que, por decisión motivada, acuerda para su actuación".

(18) **Código Procesal Constitucional**

"Artículo II.- Fines de los procesos constitucionales

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales".

(19) STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC, f. j. 8: "[S]on las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes, recae y se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice".

tolerar que el juez constitucional solicite y actúe sin más pruebas de oficio⁽²⁰⁾. Al respecto, parece razonable en determinadas circunstancias y de manera excepcional, en atención a lo que está en juego en estos procesos, que los jueces requieran la actuación de pruebas que consideren necesarias⁽²¹⁾, lo que sería legítimo siempre que se tenga en cuenta como límite el carácter célere y urgente de los procesos constitucionales⁽²²⁾. Así visto, la actuación de pruebas en los procesos constitucionales –solicitada de oficio o cuando no exista una mejor vía a la que acudir– no debe terminar desnaturalizando sus características ni su finalidad.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha matizado en diversas ocasiones las limitaciones que tienen los procesos constitucionales en materia de actuación probatoria. Así, por ejemplo, ha declarado fundadas demandas pese a no contar con la certeza que debía generarle las pruebas debido a dudas razonables y a posibles afectaciones irreversibles⁽²³⁾; ha brindado tutela pese a no estar completamente acreditada la titularidad del derecho teniendo en cuenta su importancia y la necesidad de tutela urgente⁽²⁴⁾; ha revertido la carga de la prueba cuando al demandante se le hace muy difícil acceder al material probatorio y este se encuentra más bien a disposición del demandado (la denominada

-
- (20) VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo. “¿Actuación probatoria de medios probatorios ante la duda del juez constitucional?”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 27, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2010, pp. 45 y 46.
- (21) LANDA ARROYO, César. *Constitución y fuentes del Derecho*. Palestra, Lima, 2006, p. 380, ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 206 y 207 y MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 166; STC Exp. N° 047-62-2007-PA/TC, f. j. 12.
- (22) ABAD, Samuel. Ob. cit., p. 204; STC Exp. N° 3081-2007-PA/TC, loc. cit.
- (23) En aplicación del “principio precautorio”. Cfr. sobre la aplicación de este principio en torno al derecho a la vida: STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, ff. jj. 47-52; y respecto al derecho al ambiente, entre varias: STC Exp. N° 4223-2006-PA/TC, f. j. 34. Asimismo, el colegiado se ha referido a la aplicación de este principio cuando existen “índicios razonables y suficientes” “que justifiquen la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables”, pero no cuando existe dudas sobre la prueba de este posible daño: STC Exp. N° 05387-2008-PA/TC, ff. jj. 15-17.
- (24) Cfr. ROJAS BERNAL, José Miguel. “Tutela en caso de duda sobre la titularidad del derecho”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 27, ob. cit., p. 48 y ss.

“prueba diabólica”)⁽²⁵⁾; ha actuado oficiosamente solicitando nuevas pruebas o informes cuando necesitaba más datos para resolver⁽²⁶⁾, etc.

Ahora bien, lo anotado hasta aquí no debe hacernos perder de vista que la prueba en los procesos constitucionales no es un asunto exclusivo o principalmente del demandante, sino que también corresponde al demandado aportar medios probatorios suficientes para defenderse de la infracción iusfundamental de la que se le acusa (incluso esto le compete a terceros a quienes les pueda afectar el resultado del proceso, es decir, terceros con legítimo interés)⁽²⁷⁾. De esta forma, si bien la principal tarea del juez es la tutela iusfundamental, debe tenerse en cuenta que en los procesos constitucionales intervienen dos partes que gozan igualmente de derechos constitucionales procesales y, por lo tanto, la vocación protectora del juez no puede menospreciar ni obviar los derechos de la parte demandada o de otros posibles afectados.

Por último, debe tenerse en cuenta que la prueba tiene relación con dos derechos fundamentales, que forman parte del derecho al debido proceso. De una parte, tenemos que la probanza en sí misma es un derecho constitucional, que permite “producir la prueba necesaria para acreditar o verificar la existencia o inexistencia de aquellos hechos [alegados] que configuran una pretensión o una defensa (...) o que han sido incorporados por el juzgador para la correcta solución del caso concreto”⁽²⁸⁾. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la valoración y el adecuado uso de la prueba están intrínsecamente relacionados con la debida motivación, de modo que si el juez no explica la relevancia de las pruebas que invocó al resolver, incurrirá en un vicio de *deficiencia en la motivación externa o justificación de las premisas*⁽²⁹⁾, al ser necesario

(25) Cfr. STC Exp. N° 06135-2006-PA/TC, f. j. 6 y ss.; RTC Exp. N° 04281-2007-PA/TC, f. j. 4.

(26) V. gr. STC Exp. N° 3081-2007-PA/TC, f. j. 3 y ss.; STC Exp. N° 3510-2003-AA/TC, f. j. 3; STC Exp. N° 10063-2006-PA/TC, f. j. 147.

(27) Cfr. GIACOMETTE FERRER, Ana. *La prueba en los procesos constitucionales*. Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México D. F., 2008, pp. 120 y 121.

(28) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Ara, Lima, 2001, p. 102.

(29) La justificación interna alude a la “conexión lógica entre la premisa de hecho (la llamada subsunción del hecho en la norma) que funda la decisión final”; la justificación externa a las “razones por las que el juez ha reconstruido y fijado de un cierto modo los hechos de la causa: estas razones se refieren, básicamente, a las pruebas que el juez utilizó para decidir acerca de la verdad o falsedad de los hechos (...) Por lo tanto, la justificación externa

que en las resoluciones de fondo quede constancia de la valoración de los hechos y de las subsecuentes inferencias que permitieron decidir. Entonces, al tratarse de derechos fundamentales, estos deben ser garantizados y optimizados por los operadores.

2. ¿Qué puede probarse en los procesos constitucionales?

Desde luego, no podríamos en este espacio referirnos a la teoría de la prueba. Baste, a efectos de este trabajo, con señalar que a través de la prueba es posible determinar la verdad o no de afirmaciones respecto de hechos que sustentan una causa judicial⁽³⁰⁾. Ahora bien, ello implica que consideremos posible acceder a cierta verdad sobre los hechos alegados en el caso, de manera racional, atendiendo a la aceptabilidad de las hipótesis formuladas o, mejor aún, a la aceptabilidad del juicio sobre los hechos⁽³¹⁾.

Efectivamente, las pruebas en los procesos judiciales versan principalmente sobre hechos⁽³²⁾. Ello quiere decir que las normas jurídicas invocadas por las partes no son objeto de probanza, en el entendido que corresponde al juez conocer el Derecho y aplicar el que mejor

de la fijación de los hechos implica que el juez tiene que proporcionar argumentos racionales sobre cómo valoró las pruebas y acerca de las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos de la causa". TARUFFO, Michelle. "Consideraciones sobre prueba y motivación". En: Consideraciones sobre la prueba judicial. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 39-40. Asimismo, cfr. la STC Exp. N° 0728-2008-HC/TC, ff. jj. 7c y 23 y ss.

(30) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Palestra, Lima, 2003, p. 350.

(31) Cfr. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta. Madrid, 2005, pássim.

(32) Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Segunda edición, Civitas, Madrid, 1998, p. 34-38. Asimismo, la STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC, f. j. 6: "La prueba en los procesos constitucionales, como en cualquier otra clase de proceso o de procedimiento, se orienta a acreditar o a determinar la existencia o inexistencia de hechos controvertidos o litigiosos que son relevantes para adoptar la decisión. La prueba debe estar orientada hacia la búsqueda de decisiones que, para ser justas, deban fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos afirmados por las partes en el proceso, que, después de los actos postulatorios (demanda y contestación), resulten controvertidos y relevantes para adoptar la decisión". No obstante ello, peligroso asunto es el de determinar y delimitar qué es un hecho y cuáles son los hechos relevantes en un caso; vide TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta. Madrid, 2005, p. 89 y ss.

corresponde al caso⁽³³⁾. Es más, en lo concerniente a los procesos constitucionales es mucho mayor la incidencia del juez en la determinación del Derecho, pues implica, además de la aplicación del principio *iura novit curia*, apelar a otros principios como los de suplencia de la queja deficiente, de adaptación de las formas a los fines del proceso (elasticidad procesal), así como los de *pro actione* y *favor processum*, todos los que abogan por una aplicación que no sea sumamente estricta de las normas invocadas, cuando ello termine pervirtiendo los fines del proceso constitucional –*summa lex, summa iniuria*–.

Anotado ello, lo que hay que acreditar (probar) en los procesos constitucionales de tutela de derechos es, cuando menos, la *titularidad del derecho invocado* y la existencia de una *afectación o amenaza cierta o inminente de este*⁽³⁴⁾. En ese sentido, ha explicado el Colegiado Constitucional que “en los procesos constitucionales la prueba tiene como función demostrar o acreditar que la amenaza de vulneración alegada por el demandante es cierta y de inminente realización, o que la vulneración del derecho fundamental alegado ha sido producida de manera real y efectiva, o que se ha convertido en irreparable”⁽³⁵⁾.

Es más, el Tribunal ha señalado expresamente –respecto al proceso de amparo, pero sin duda el criterio es extensible a los demás procesos de tutela iusfundamental– que:

“[E]l proceso constitucional de amparo tiene (...) presupuestos procesales específicos, de cuya satisfacción por parte del recurrente depende que el juez de los derechos fundamentales pueda expedir una sentencia sobre el fondo. [S]i su finalidad es restablecer en el ejercicio de los derechos fundamentales, ‘reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional’, como expresa el (...) artículo 1 del Código Procesal Constitucional, resulta claro que quien pretenda

(33) Ello no obsta en algunos procesos corresponda “probar” (con matices), ya no el Derecho vigente, sino el Derecho histórico o no vigente, la costumbre o Derecho consuetudinario, el Derecho extranjero, el Derecho estatutario o particular, etc. Cfr. MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., pp. 48-50.

(34) Vide especialmente la STC Exp. N° 00665-2007-AA/TC, f. j. 5.

(35) STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC, f. j. 7.

promover una demanda en el seno de este proceso debe acreditar la *titularidad del derecho* cuyo ejercicio considera que se ha lesionado; y, de otro lado, la *existencia del acto* (constituido por una acción, omisión o amenaza de violación) al cual le atribuye el *agravio constitucional*⁽³⁶⁾".

Respecto a la *titularidad del derecho*, hemos señalado en otra ocasión que titular es quién se beneficia de una *posición jurídica de derecho fundamental*⁽³⁷⁾. La determinación de esta posición implica reconocer la existencia de una norma que establece un derecho fundamental (de forma expresa o implícita) a partir de la cual se determine el beneficiario, la obligación iusfundamental y al responsable de cumplirla; siendo esta estructura triádica una posición de derecho fundamental⁽³⁸⁾, y el beneficiario de ella el titular del derecho. En suma, acreditar la titularidad de un derecho equivale a demostrar que a una persona le favorece una posición iusfundamental válida.

Ahora bien, también hay que acreditar que existe una *lesión al derecho* (lo que se le *amenaza*). Desde luego, no basta con demostrar la existencia de hechos u omisiones que se atribuyan al demandado, sino que estos estén efectivamente referidos al caso y hayan generando la lesión o amenaza invocada⁽³⁹⁾. En similar sentido, el Tribunal ha precisado respecto del amparo que "hay dos hechos a probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de Derecho, valorable finalmente por el juzgador"⁽⁴⁰⁾.

(36) RTC Exp. N° 00298-2009-PA/TC, f. j. 3 (el resaltado es nuestro).

(37) SOSA SACIO, Juan Manuel. Ob. cit., pp. 23-24.

(38) STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, f. j. 25. El Tribunal sigue a BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 80, y ALEXY, Robert. "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático". En: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 5, N° 8, 2000, p. 22.

(39) STC Exp. N° 10063-2006-PA/TC, f. j. 79 y ss. Cfr. SOSA SACIO, Juan Manuel. Ob. cit., pp. 29 y 30.

(40) STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC, f. j. 3. Aquí el Colegiado hizo susyas palabras de Castro, Juventino. *El sistema del derecho de amparo*. Porrúa, México 1992, p. 169.

Además, debido a la naturaleza y características de los procesos constitucionales, a los que ya nos hemos referido, se señala que esta lesión debe ser evidente o manifiesta, es decir, quedar demostrada sin mayor trajín probatorio⁽⁴¹⁾, con las excepciones que ya hemos indicado. Esto, debido a que en los procesos constitucionales no se declara ni debate la titularidad de derechos⁽⁴²⁾, por el contrario –como señala el propio Tribunal–, estos “tienen un carácter sumario ya que son procesos configurados para la defensa de derechos constitucionales cuya vulneración es manifiesta y evidente (...) [L]a tutela de los derechos constitucionales se encuentra condicionada a que en la dilucidación de la controversia, la lesión del derecho constitucional o la amenaza de que esta se produzca, sea de tal manera evidente que no sea necesario transitar por una previa estación probatoria”⁽⁴³⁾.

Sobre la manifiesta evidencia del acto lesivo, puede alegarse asimismo la presencia de “hechos notorios”, los cuales, por ser ampliamente conocidos (o por poder conocerse con facilidad), no requieren de probanza, a diferencia de la mayoría de alegaciones realizadas. Estos hechos deben ser invocados por las partes y corresponderá al juez determinar su “notoriedad”, sin necesidad de medios de prueba⁽⁴⁴⁾. A nuestro parecer, casos de hechos notorios recurrentes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden ser, por ejemplo, que los pacientes con enfermedades terminales –como el Sida– están en una especial situación de vulnerabilidad, o que el trabajo directo en las minas puede generar hipoacusia. Desde luego, no será necesario probar estas situaciones.

III. LA “PRUEBA” EN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO

Como señalamos al inicio de este trabajo, en el proceso de cumplimiento no se alegan *hechos* para sustentar la demanda, a diferencia de los demás procesos constitucionales subjetivos, en los que se

(41) MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Loc. cit.

(42) STC Exp. N° 7011-2005-PA/TC, f. j. 5.

(43) RTC Exp. N° 5737-2007-PA/TC, f. j. 8.

(44) ARRIBAS ALTARRIBA, Javier. “La prueba del hecho notorio”. En: *Objeto y carga de la prueba civil*. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores). Bosch, Barcelona, 2007, pp. 354 y 355.

tutelan derechos constitucionales. Debido a que lo que se “prueba” son afirmaciones sobre *hechos*; en el proceso de cumplimiento, en el que hay que demostrar la existencia de mandatos legales o administrativos exigibles, mas no datos fácticos, casi no cabría de actividad probatoria en sentido estricto.

También precisamos que el proceso de cumplimiento es prácticamente uno ejecutivo. Al respecto, es necesario tener en cuenta las diferencias entre un proceso ejecutivo y uno declarativo de condena, como es el proceso de amparo (como también son el hábeas data y el hábeas corpus), en lo que concierne a la actividad probatoria.

Sobre este tema, explica con claridad Montero Aroca: “En el proceso de declaración la causa de pedir de la pretensión son siempre hechos, es decir, acontecimientos concretos que son el supuesto fáctico de la norma jurídica cuya consecuencia se pide (...), la pretensión del actor solo podrá estimarse si la causa de pedir se declara probada”. “Por el contrario, en un proceso de ejecución las cosas se presentan de modo muy distinto. En este proceso la causa de pedir de la pretensión no son hechos, sino que es siempre un título ejecutivo (...) El ejecutante no precisa alegar nada distinto del título y, por lo mismo, no precisará realizar actuación probatoria”⁽⁴⁵⁾. En otras palabras, “[p]ara declarar el Derecho (...) es preciso que el juzgador establezca ante todo que concurre el supuesto de hecho previsto en la norma material cuya aplicación pide el actor. Para ejecutar el derecho, partiendo de la presentación de un título ejecutivo que, por sí mismo, da por existente el derecho, el juez ejecutor lo único que tiene que hacer es controlar que el título aportado tiene realmente la condición de ejecutivo, pero ese control no supone actividad probatoria, sino simple constatación de la concurrencia de requisitos procesales”⁽⁴⁶⁾.

En tal sentido, más que presentar o valorar “pruebas”, lo que sucede en el proceso de cumplimiento es que se acreditan y comprueban algunos requisitos que conforman el “título ejecutivo administrativo”. Así, el juez del proceso de cumplimiento debe verificar que el demandante acreditó debidamente que tiene legitimidad activa, que existe

(45) MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., pp. 18 y 19.

(46) Ibídem, p. 18 (el resaltado es nuestro).

un mandato exigible y que la autoridad responsable se haya resistido al cumplimiento. Solo con verificarlo ello la demanda debe ser declarada procedente.

Ahora bien, estas precisiones sobre la “prueba” (*rectius*, la acreditación de requisitos) deben ser matizadas debido a que el Tribunal Constitucional a través del proceso de cumplimiento ha tutelado derechos fundamentales, tratándolo como si fuera uno de tutela iusfundamental. Es más, el Tribunal Constitucional ha considerado, y reiterado en varias ocasiones, que el objeto del proceso de cumplimiento es la tutela de un auténtico derecho fundamental: el derecho a defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos⁽⁴⁷⁾.

Así por ejemplo, como adelantamos, el Colegiado se ha referido a la “doble naturaleza” de los procesos constitucionales de cumplimiento (objetiva y subjetiva) para justificar la tutela de diversos derechos constitucionales⁽⁴⁸⁾; ha convertido procesos de cumplimiento en procesos constitucionales de la libertad (amparo, hábeas data) para resolver sobre el fondo y sin declarar su improcedencia, entendiendo que estos tienen la misma finalidad y que lo actuado fue suficiente para resolver la controversia iusfundamental⁽⁴⁹⁾; ha utilizado la técnica del estado de cosas inconstitucional determinando la existencia de una situación contraria a la Constitución y lesiva de derechos⁽⁵⁰⁾; al referirse

(47) Como indicamos *supra*. Vide sobre esta tesis: STC Exp. N° 00168-2005-PC/TC, f. j. 10; LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. “El proceso constitucional de cumplimiento y su incidencia positiva en la protección del Estado Democrático de Derecho”. En: *Foro Jurídico*. Año 5, N° 9, 2009, pp. 188-196 y NAUPARI WONG, José. “El proceso de cumplimiento como proceso de tutela de derechos fundamentales predominantemente objetivo. A propósito de la STC Exp. N° 2695-2006-PC/TC”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 19, Gaceta Jurídica, julio de 2009, pp. 132-142.

(48) STC Exp. N° 02576-2008-PC/TC, f. j. 10: “[E]l proceso de cumplimiento, como todos los procesos constitucionales, ostenta una doble naturaleza, es decir, tiene una naturaleza objetiva, en tanto 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 de derechos fundamentales. En consecuencia, el proceso de cumplimiento no solamente debe procurar que se logre la eficacia del ordenamiento jurídico, asegurando que tanto las normas legales como los actos administrativos surtan plenos efectos, sino, además, la tutela de aquellos derechos fundamentales vinculados a aquella norma legal o acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende”.

(49) Considerando que lo alegado y probado es suficiente para resolver la materia iusfundamental. Vide STC Exp. N° 05161-2008-PC/TC; STC Exp. N° 4080-2004-AC/TC; STC Exp. N° 2763-2003-AC/TC; STC Exp. N° 07873-2006-PC/TC y STC Exp. N° 4941-2007-PC/TC.

(50) STC Exp. N° 3149-2004-AC/TC, ff. jj. 12 y 13.

a la medida cautelar ha señalado que debe buscarse una tutela anticipada de la eficacia del derecho constitucional conculado (que sería la eficacia de las normas legales y actos administrativos)⁽⁵¹⁾, etc. Todo ello implica, desde luego, no la simple evaluación de un “título ejecutivo”, sino la existencia de contenidos iusfundamentales constitucionalmente protegidos y, a partir de ello, la necesidad de determinar la titularidad de los derechos involucrados y la posible afectación a estos. Y ello, qué duda cabe, necesitaría ser mínimamente probado.

IV. ACREDITACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO

El proceso de cumplimiento tiene por objeto exigir a los funcionarios responsables que cumplan con los mandatos provenientes de *actos administrativos* y de *normas legales*. Por ello, la legitimidad para demandar está estrechamente vinculada a estos dos supuestos.

Así, en el caso de los *actos administrativos* quienes pueden demandar serán inicialmente los beneficiarios de estos actos. De otra parte, para el caso del cumplimiento de *leyes o reglamentos*, la legitimación activa le corresponderá a cualquiera. No obstante, el Código Procesal Constitucional prevé otros supuestos de legitimación.

En efecto, el artículo 67 del Código Procesal Constitucional establece que:

“Artículo 67.- Legitimación y representación

Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, solo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.

Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento”.

(51) STC Exp. N° 2544-2009-PC/TC, f. j. 7 y ss. En esta sentencia se desarrollan diversos aspectos de la medida cautelar en el proceso de cumplimiento.

Como vemos, esta disposición prevé cuatro tipos de legitimación activa: (1) personal y por legítimo interés; (2) pública; (3) para la defensa de bienes transindividuales y (4) legitimación especial otorgada a la Defensoría del Pueblo. Analicemos cada una de ellas, para saber cuándo se está legitimado para demandar.

1. Legitimación personal y legítimo interés

Cuando el artículo 67 del Código señala que: “[s]i el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, solo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido”, está refiriéndose a la *legitimación personal* y al *legítimo interés*.

El directamente afectado por el incumplimiento de un acto administrativo tiene *legitimación personal activa*. Se trata de una legitimación *ad causam*, pues existe identidad entre el titular del derecho reconocido por una declaración de la Administración (beneficiario de un acto administrativo) y el legitimado para demandar. En este supuesto el beneficiario del acto administrativo y el demandante son la misma persona.

Sobre el título o derecho que surge del acto administrativo a favor de un particular, el Tribunal Constitucional ha considerado que el mandato incumplido debe reconocer un “derecho incuestionable” para el reclamante y que el beneficiario debe quedar “individualizado”⁽⁵²⁾. Posteriormente, ha precisado que: “[E]l acto administrativo deberá consignar a un sujeto o, de ser el caso, un grupo de sujetos, en ambos casos perfectamente identificables; *no cabe, en tal sentido, someter a la vía de cumplimiento un acto administrativo de carácter general*, en tanto es cualidad de un acto administrativo sometido al proceso de cumplimiento que la mora o el letargo de la Administración, vale decir la omisión, deba incidir directamente en algún sujeto determinado”⁽⁵³⁾. Esto último, como se verá seguidamente, reconoce matices. Ello porque el Código admite como demandantes no solo a los beneficiarios de un acto administrativo, sino también a quienes solo invocan interés;

(52) STC Exp. N° 0168-2005-PC/TC, f. j. 14, f y g.

(53) STC Exp. N° 00102-2007-PC/TC, f. j. 6 (el resaltado es nuestro).

asimismo, a quienes aleguen la tutela de derechos con intereses transindividuales, ambos casos en los que varía la importancia de que se trate de un acto perfectamente individualizado.

En cualquier caso, la legitimación *ad causam* implica encontrarse en una posición jurídica exigible, conformada por un sujeto pasivo (titular), un sujeto activo (obligado) y un objeto protegido (como ha explicado el Tribunal Constitucional al referirse a la estructura de los derechos fundamentales⁽⁵⁴⁾). Ahora bien, aludir a una posición jurídica subjetiva no quiere decir que vaya a existir una afectación al contenido constitucionalmente protegido de un derecho⁽⁵⁵⁾; solo bastará con acreditar la titularidad de una posición legal o administrativa (además de cumplir con los requisitos que debe tener el *mandamus*).

Asimismo, la norma señala que puede presentar demanda de cumplimiento quien “invoque interés para el cumplimiento del deber omitido”. Desde luego, es necesario determinar cuál es este posible “interés” en el cumplimiento del *mandamus*, pues prima facie cualquiera podría alegar la existencia de cierto interés en el cumplimiento de un acto administrativo, por mínimo o subjetivo que sea este.

Al respecto, consideramos que la norma se refiere al *interés legítimo*; en tal sentido, como explica Edgar Carpio, el demandante que invoque “interés” deberá encontrar en la satisfacción de su pretensión “ventajas o utilidades jurídicas de cualquier tipo”⁽⁵⁶⁾. De esta forma, el demandante no debe alegar solo la existencia de un beneficio personal o de un provecho cualquiera, sino que este debe ser jurídicamente relevante.

(54) STC Exp. N° 3179-2004-AA/TC, f. j. 15.

(55) Es decir, a un derecho constitucional. Sobre cómo determinar la afectación al contenido constitucionalmente protegido de un derecho, cfr. STC Exp. N° 00665-2007-AA/TC, f. j. 5 y SOSA SACIO, Juan Manuel. “Ámbitos de los derechos constitucionales que no pueden ser tutelados por el proceso de amparo. Consideraciones a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Actualidad jurídica*. Tomo 175, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2008, pp. 216 y 217.

(56) Vide CARPIO MARCOS, Edgar. “El proceso de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional”. Ob. cit., p. 200.

2. Legitimación pública

El artículo 67 indica asimismo que “[c]ualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos”. Al tratarse de un asunto de relevancia general, el Código habilita a toda persona para que inicie una demanda de cumplimiento (*legitima actio populis*).

Esta legitimación general estaría vinculada a la titularidad de un bien constitucional difuso –que corresponde a todas las personas– y que sería el derecho subjetivo fundamental “al cumplimiento y eficacia de las leyes y actos administrativos”. Al respecto, la vocación general de las leyes y los reglamentos (artículo 103, a contrario sensu), así como la subordinación de la Administración a los principios de legalidad (artículo 45) y de constitucionalidad (artículos 44 y 51), crearían a favor de cada persona una posición jurídica judicialmente exigible⁽⁵⁷⁾.

Sobre esta legitimación pública, el calificado intérprete de la Constitución ha considerado que vale la pena hacer una distinción con respecto a la legitimidad (personal) para exigir el cumplimiento de actos administrativos. Ciertamente, “[n]o es lo mismo invocar el cumplimiento de un acto administrativo que invocar el cumplimiento de una ley”; pues en el caso del cumplimiento de normas legales (o reglamentarias) “queda claro que el *mandamus* tiene efectos generales (...) De allí que bajo tal contexto, sea cualquier persona o individuo el que pueda gozar de legitimidad para interponer la correspondiente demanda”⁽⁵⁸⁾. De esta forma, no se requiere que el mandato legal o reglamentario favorezca directamente al demandante, pues se entiende que, en general, todos tenemos interés en que el ordenamiento jurídico sea respetado y cumplido.

3. Legitimación para la defensa de bienes transindividuales

El Código señala también que “[t]ratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá

(57) Cfr. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 40-46.

(58) STC Exp. N° 4549-2004-PC/TC, f. j. 3.

a cualquier persona". Como se aprecia, esta legitimidad está referida a la salvaguarda de bienes transindividuales ante el incumplimiento de un *mandamus*.

Existen diferencias entre intereses difusos y colectivos. Los intereses difusos se caracterizan por ser de naturaleza indivisible, y su titularidad recae en personas indeterminadas y ligadas por cuestiones de hecho. Así, por ejemplo, tenemos a los intereses vinculados con los derechos ambientales⁽⁵⁹⁾ o el derecho a la salud⁽⁶⁰⁾, que pertenecen a un número extenso y no determinable de personas, vinculadas por un elemento objetivo como es el medio ambiente o la salubridad pública. De esta forma, los intereses difusos "vinculan a título de derecho subjetivo a cualquier persona, grupo humano o sector de la sociedad"⁽⁶¹⁾, por ello, entre los legitimados se cuentan también a las instituciones sin fines de lucro que tengan por objeto la defensa de este tipo de intereses⁽⁶²⁾.

De otra parte, los intereses colectivos son de naturaleza indivisible y su titularidad corresponde a un específico grupo, categoría o clase de personas –en número determinado o determinable– ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base. Este sería el caso, por ejemplo, de un grupo de cesantes o jubilados que pretenden un mismo beneficio ante la Administración⁽⁶³⁾. En este caso, las personas que comparten un mismo interés colectivo pueden estar reunidas en una asociación civil, que también puede tener legitimidad activa siempre que represente el "interés colectivo de un determinado e identificable conjunto de personas, sujetos a un particular régimen jurídico"⁽⁶⁴⁾.

Con lo anotado, entendiendo que son distintos los intereses difusos y los colectivos, debemos realizar una precisión sobre quiénes

(59) Por ejemplo, la STC Exp. N° 2002-2006-PC/TC.

(60) STC Exp. N° 7435-2006-PC/TC.

(61) STC Exp. N° 0921-2003-AA/TC, f. j. 3. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo II, Palestra, Lima, 2006, p. 871 y MESÍA RAMIREZ, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 326.

(62) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ídem.

(63) STC Exp. N° 0542-1997-AC/TC.

(64) STC Exp. N° 0542-1997-AC/TC, f. j. 5.

detentan legitimación activa. Cuando el Código señala que “cualquier persona” tiene legitimación para demandar en el proceso de cumplimiento, debe entenderse como *cualquier persona que sea titular del interés alegado*, sea difuso o colectivo. Para el caso de los intereses difusos, “cualquier persona” equivale a “toda persona”, pues todo ser humano es titular de este interés; mientras que para el de los intereses colectivos “cualquier persona” solo comprenderá a quienes pertenecen al grupo que comparte el interés jurídico común.

4. Legitimación de la Defensoría del Pueblo

Finalmente, la norma procesal señala que “la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento”. Al respecto, como consecuencia del rol constitucional de “defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal (...)” que le ha sido asignado a la Defensoría, su ley orgánica le reconoce legitimación para iniciar diversos procesos constitucionales: hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, acción popular e inconstitucionalidad⁽⁶⁵⁾.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la participación de la Defensoría en los procesos constitucionales –y consideramos que más aún en los procesos de cumplimiento– es subsidiaria (principalmente de asistencia o de colaboración), para lo cual la propia institución ha establecido algunos criterios para decidir los alcances de su intervención⁽⁶⁶⁾. En tal sentido, si bien la Defensoría del Pueblo participa de diversas formas para lograr la tutela y promoción de los derechos ciudadanos, no tiende a iniciar procesos constitucionales subjetivos en uso

(65) Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo

“Artículo 9.- El Defensor del Pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para:
(...)

2. Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley a que se refiere el inciso 4) del Artículo 200 de la Constitución Política, asimismo, para interponer la Acción de Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Hábeas Data, la de Acción Popular y la Acción de Cumplimiento, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad (...)"

(66) Cfr., in extenso, ABAD YUPANQUI, Samuel B. “Criterios y modalidades de intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos constitucionales”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 139, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2005, pp. 139-143.

de su legitimación activa, debido a que no “pretende sustituir a las partes ni convertirse en un abogado de oficio”⁽⁶⁷⁾.

Una vez explicados los supuestos de legitimidad activa o para demandar en el proceso de cumplimiento, corresponde a continuación referirnos a las características que debe tener un mandato para que sea exigible a través de esta vía.

V. CARACTERÍSTICAS DEL MANDAMUS EXIGIBLE A TRAVÉS DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO

Como hemos explicado, todo acto exigible mediante el proceso de cumplimiento contiene un mandato, el cual inicialmente es un deber u obligación a favor de otro. Ahora bien, esta noción de *mandamus* es evidentemente insuficiente y requiere de precisiones adicionales.

Inicialmente, el mandato del proceso de cumplimiento es aquello que debía ser cumplido o ejecutado por la Administración, pero que fue omitido (o realizado deficiente o parcialmente) por el responsable. Ahora bien, el cumplimiento de este mandato podría exigirse a través de diferentes vías, entre ellas el proceso contencioso-administrativo y el proceso de amparo, además del proceso de cumplimiento.

Debido a ello, resulta importante definir las características específicas del mandato exigible a través del proceso de cumplimiento. Con este propósito, el Tribunal Constitucional ha señalado tempranamente que “la norma o acto administrativo debe tener un mandato de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional, cierto o líquido, y pueda, por tanto, inferirse indubitablemente”⁽⁶⁸⁾. En el mismo sentido, posteriormente estableció un precedente vinculante señalando los requisitos que debe tener un *mandamus* para ser exigible por esa vía. Se refirió a dos tipos de requisitos: (1) los comunes a los mandatos contenidos en actos, normas legales y órdenes de reglamentar, y (2) algunos solo aplicables a los mandatos de los actos administrativos.

(67) De hecho, en contraste con las demandas de inconstitucionalidad presentadas o con su participación en calidad de *amicus curiae* en distintos procesos, ante el Tribunal Constitucional no habrían llegado procesos de cumplimiento en los que el demandante sea la Defensoría del Pueblo.

(68) STC Exp. N° 0453-2005-PC/TC, f. j. 2.

Sobre estos criterios que debe tener un *mandamus* para ser exigible mediante el proceso de cumplimiento, así como diversas precisiones que se desprenden de los pronunciamientos del Tribunal trataremos a continuación.

1. Características generales del mandato (para el cumplimiento de normas legales, la ejecución de actos administrativos y la emisión de resoluciones o reglamentos)

Como es de conocimiento general, el Colegiado Constitucional en la STC Exp. N° 00168-2005-PC/TC ha establecido como precedente vinculante que:

“14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda”.

Al respecto, como se aprecia, los requisitos o características expuestas en la sentencia hacen del mandato exigible uno de carácter “ejecutivo”, es decir, uno cuya exigencia no genera controversia alguna y cuyo acatamiento merece ser realizado de inmediato, sin que quede oponer excusas de ninguna índole.

Asimismo, precisamos que el *mandamus* es una “norma adscrita” a una disposición contenida en una norma legal o acto administrativo, es decir, un sentido interpretativo válido que puede desprenderse de enunciados gramaticales de normas o actos. En tal sentido, debe entenderse que el mandato no es el documento o el texto que lo contiene, sino la interpretación y las obligaciones concretas que surgen de ellos.

Precisado esto, expliquemos entonces cada uno de los requisitos para que un *mandamus* sea exigible mediante el proceso de cumplimiento, según la jurisprudencia del Tribunal.

1.1. Mandato vigente

Como es sabido, las normas legales y los actos administrativos mantienen su vigencia hasta que son modificadas (reformadas, reemplazadas, derogadas, etc.) por otras normas o actos, de acuerdo con las formalidades previstas para ello. Asimismo, los actos administrativos y las leyes pueden otorgar un tiempo determinado de vigencia para los mandatos que contienen, e inclusive puede asignarse uno si ello no fue inicialmente regulado. Igualmente, cabe la posibilidad de que actos y normas sean anulados o declarados inconstitucionales y, por lo tanto, que sean expulsados del ordenamiento jurídico⁽⁶⁹⁾. Como se ve, todos estos supuestos definen y afectan la vigencia de un mandato.

Los supuestos mencionados están relacionados con la vigencia formal del mandato o de la norma o acto administrativo que lo contiene⁽⁷⁰⁾. Empero, como indicamos, los mandatos son más bien “normas adscritas” y, por ello, cabe realizar un matiz sobre su vigencia, ya que en el caso de la norma, esta no necesariamente está atada a la vigencia del acto o disposición que la contiene⁽⁷¹⁾.

Efectivamente, puede existir la modificación o el reemplazo formal de una disposición legal o administrativa, incluso ser cambiados los enunciados lingüísticos específicamente referidos al mandato; sin embargo, puede subsistir el contenido normativo del *mandamus*, es decir, los mismos deberes y obligaciones para la Administración que contenían los textos que fueron modificados.

Así, por ejemplo, ha resuelto el Alto Tribunal, ante un mandato exigido vía cumplimiento, que “si bien las normas que lo contenían fueron derogadas, desde la perspectiva material o sustancial la obligación seguía vigente porque la nueva norma mantuvo las mismas obligaciones

(69) Sobre todas estas consideraciones, cfr. los “criterios” o “principios” “que realizan la coherencia del sistema jurídico” señalados en la STC Exp. N° 00047-2004-AL/TC, f. j. 49 y ss.

(70) El colegiado constitucional ha reiterado que estamos ante mandatos vigentes si las resoluciones que los contienen “no han sido declaradas nulas ni derogadas”. Entre varias, vide STC Exp. N° 03954-2007-PC/TC, f. j. 8.

(71) Cfr. STC Exps. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f. j. 9 y ss.; STC Exp. N° 0004-2004-AL/TC y otros, f. j. 2.

que se derivaban del mandato”⁽⁷²⁾. A efectos prácticos, ello significa, por ejemplo, que el juez no puede dejar de resolver una causa alegando “sustracción de la materia” debido a que se modificó formalmente la norma cuyo cumplimiento se solicita, si el *mandamus* material subsiste: “De una simple comparación de las normas citadas se advierte que el mandato y las obligaciones que de ella se derivan (...) subsisten y en la práctica siempre se mantuvieron. Por ello, este colegiado considera que, en el presente caso, no se presenta el supuesto de sustracción de la materia, porque esta no solo debe ser formal sino material, es decir, que para que aquella resulte aplicable el mandato debe ser derogado en su integridad (material y formalmente), supuesto que no se ha dado en el caso de autos”⁽⁷³⁾.

1.2. Mandato cierto y claro

La certeza del mandato hace referencia a su condición de seguro y verdadero, sobre la cual no existe duda. Un mandato cierto es uno establecido de manera precisa e incontrovertible, lo que implica que debe generar al intérprete “certeza” sobre lo ordenado y las condiciones en que ello debe ser ejecutado. En el mismo sentido, el Colegiado Constitucional se ha referido a que los mandatos deben ser “virtuales”, es decir, “definidos e inobjetables”⁽⁷⁴⁾; asimismo, a su cualidad de “líquido y cierto”, según el Tribunal, “susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene”⁽⁷⁵⁾.

De otra parte, la claridad está referida a la evidencia y a la fácil distinción del mandato. Así, el significado del *mandamus* debe fluir “claramente” de los preceptos de la norma legal o del acto administrativo; por lo tanto, no constituyen mandatos claros aquellos que provienen

(72) STC Exp. N° 7435-2006-PC/TC, f. j. 6.

(73) Ídem, f. j. 7.

(74) STC Exp. N° 4452-2004-AC/TC, f. j. 2.

(75) La expresión es idéntica a la utilizada para calificar a los derechos que pueden ser protegidos a través del *mandado de segurança* brasileño, proceso equivalente a nuestro proceso de amparo. En tal sentido, por “líquido” no se hace referencia a una “obligación líquida”, esto es, plena y expresamente determinada o con un monto cuantificado, propia del Derecho patrimonial.

de enunciados ambiguos, confusos, demasiado genéricos, indeterminados, etc.⁽⁷⁶⁾.

Con lo anotado, el Tribunal desestimó pretensiones de cumplimiento señalando que las normas invocadas “carecían de *mandamus*”⁽⁷⁷⁾; al parecer, debido a la generalidad o la amplitud con que los mandatos fueron enunciados. Específicamente, el colegiado declaró improcedente la exigencia respecto de normas que fijan un sistema para determinar los montos por derechos de tramitación ante la Administración⁽⁷⁸⁾, un sistema de uso de formularios para recibir información suministrada por los ciudadanos⁽⁷⁹⁾, y consecuencias en caso de que una municipalidad sea renuente a conceder las licencias de funcionamiento provisionales⁽⁸⁰⁾. Según nuestro parecer, si bien estos mandatos son generales y por ello no contienen detalles sobre su implementación, esto no significa que no sean ciertos y claros, menos aún que las normas invocadas no contengan *mandamus*⁽⁸¹⁾. Y es que la certeza y claridad del mandato no se refiere al detalle minucioso o el carácter procedimental o reglamentista de las obligaciones contenidas en el acto administrativo o la norma legal, sino más bien a la certidumbre respecto a la orden exigida y a la posibilidad de que su significado sea fácil e inmediatamente aprehendido.

En otro caso, si bien fue notoria la ausencia del mandato cierto y claro exigido por el demandante, el Tribunal encontró otro mandato que

-
- (76) Ha precisado el colegiado que el mandato es cierto y claro cuando “no solo existe como tal (i.e es real en los hechos y en derecho), sino que es directo o evidente, no admitiendo otra interpretación que no sea la postulada desde su propio contenido textual”. Vide STC Exp. N° 02695-2006-PC/TC, f. j. 8.
- (77) STC Exp. N° 7974-2005-PC/TC, ff. jj. 6-9.
- (78) Ley N° 27444, artículo 45.1.
- (79) Ley N° 27444, artículo 154.1.
- (80) Ley N° 28015, artículo 38, y Decreto Supremo N° 009-2003-TR, Reglamento de la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, artículo 35.
- (81) En similar sentido, el Tribunal ha señalado (RTC Exp. N° 03958-2009-PC/TC, ff. jj. 1 y 4) que el mandato reglamentario que dispone que “el profesor suspendido en el ejercicio de sus funciones o separado temporalmente del servicio tiene derecho a reincorporarse automáticamente, a término de sanción a otra plaza distinta a la que ocupaba y que determine la administración, la autoridad educativa inmediata comunicará al órgano correspondiente la reincorporación a dicha plaza”. “No es cierto y claro es decir, la norma legal no reconoce de manera cierta, indubitable e incondicional, el derecho que se solicita cumplir”, lo cual es bastante discutible.

sí debía ser cumplido, exhortando a la Administración para que lo acate. Así, el demandante solicitaba la asignación de un puesto de trabajo en aplicación de la Ley General de la Persona Discapacitada, Ley N° 27050, cuyo artículo 331 obliga a las municipalidades a contratar personas con discapacidad en una proporción no menor al 3%. El Tribunal señaló que el mandato “no está dirigido específicamente a que el demandante acceda a un puesto de trabajo en la Municipalidad, sino como una persona que potencialmente podría tener un empleo en el Estado, luego de realizado el concurso correspondiente, en función de las plazas disponibles”⁽⁸²⁾. Siendo verdad ello, y por lo tanto no existiendo una obligación cierta a favor del demandante, ello no obstó para que el colegiado decida “exhortar a la entidad demandada a que realice las gestiones correspondientes a fin de que se establezcan las plazas para discapacitados en la entidad y se abra el concurso correspondiente a la brevedad posible”⁽⁸³⁾. Así visto, el colegiado resolvió que lo pedido por el demandante puede no estar establecido de manera cierta o clara en el *mandamus* reclamado, pero ello no le impide reconocer y señalar que el mandato correcto sí debe ser cumplido.

1.3. Mandato libre de controversias complejas o interpretaciones dispares

Si un mandato resulta controvertido, por la complejidad de su probanza o por las discrepancias en torno a su significado, no debería ser discutido en un proceso de carácter ejecutivo como es el proceso de cumplimiento.

Al respecto, sobre “la existencia de controversia compleja”, el colegiado ha mencionado expresamente que en tal caso “resulta necesario para el operador jurídico (...) la referencia a normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a

(82) RTC Exp. N° 01234-2008-PC/TC, f. j. 6. Aunque el Colegiado señala que el mandato “no cumple con el requisito de ser de ineludible y obligatorio cumplimiento”, luego se ve que sí habría un mandato obligatorio e inexcusable, solo que este no se refiere específicamente al demandante, por lo que consideramos se trata más de un asunto de falta de certeza y claridad.

(83) RTC Exp. N° 01234-2008-PC/TC, f. j. 8.

través de las vías procedimentales específicas” (cursivas nuestras)⁽⁸⁴⁾. Igualmente, el Tribunal ha señalado que acudir a “la doctrina de las leyes preconstitucionales” para evaluar luego “la compatibilidad, por la forma y por el fondo, del [“Convenio de Navegación Fluvial de 1976” suscrito entre Perú y Brasil] con la Constitución [de 1993]” es una “controversia compleja”. En esa línea, ha señalado el profesor Luis Castillo que con este criterio “controversia compleja” se estaría “haciendo referencia a una controversia poco clara, que es posible de más de una interpretación y solución”⁽⁸⁵⁾.

Además de *interpretaciones complejas*, también quedan descartados los mandatos sujetos a una *actividad probatoria compleja*, pues el proceso de cumplimiento –como todo proceso constitucional– carece de una etapa en la que puedan actuarse pruebas. Así, aquellos casos que requieren una intensa actuación probatoria deben ser llevados a las vías ordinarias que cuenten con una adecuada estación para ello⁽⁸⁶⁾. Desde luego, esto no significa que en los procesos constitucionales no exista actividad “probatoria” –en el caso del cumplimiento, se requiere que se satisfagan las características del *mandamus*–, sino que la “probanza” (acreditación) en ningún caso podrá ser compleja.

Al respecto, en un caso en el que el Tribunal ha reconocido una *actividad probatoria compleja* se refiere al cumplimiento del mandato legal y reglamentario⁽⁸⁷⁾ que establece que para la solicitud de información pública solo se abona los costos de reproducción. Señaló el Colegiado que “establecer el costo real de la reproducción de cada hoja, está sujeta a actuaciones de pruebas y/o peritajes que hagan posible para cada caso específico establecer el costo real de la reproducción”, por lo que “el mandato cuyo cumplimiento se requiere está sujeto a controversia compleja (...)”⁽⁸⁸⁾.

(84) RTC Exp. N° 01923-2007-PC/TC, f. j. 8. Cfr. STC Exp. N° 0058-2005-PC/TC, f. j. 4.

(85) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. cit., p. 134.

(86) Hay innumerable cantidad de resoluciones al respecto. V. gr. RTC Exp. N° 2427-2006-PC/TC, f. j. 4; RTC Exp. N° 706-2006-PC/TC, f. j. 3 y 4; STC Exp. N° 1900-2005-PC/TC, f. j. 4

(87) Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, artículo 13; Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, artículo 20; y Ley N° 27927 (que modifica la Ley N° 27806), artículo 17.

(88) RTC Exp. N° 04816-2009-PC/TC, f. j. 4.

En lo que concierne a las “interpretaciones dispares”, puede darse el caso de que las entidades administrativas o judiciales tengan diferentes interpretaciones respecto de la norma legal o del acto administrativo cuyo cumplimiento se demanda; en tal caso el *mandamus* no tendría la virtualidad requerida para ser exigido a través del proceso de cumplimiento.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la mera existencia de varios sentidos interpretativos posibles o la sola diferencia entre interpretaciones de diversas instancias no bastan para que estemos ante un mandato cuya interpretación dispar excluya la vía constitucional. A estos efectos, habrá que aplicar los criterios de prevalencia de la interpretación judicial frente a la administrativa, el de jerarquía interna (dentro de la Administración y del Poder Judicial), y el de preferencia de interpretaciones calificadas frente a interpretaciones ordinarias de una misma instancia (preferencia por precedentes, doctrina jurisprudencial, resoluciones vinculantes, etc.).

Solo si con estos criterios no llega a resolverse las diferencias (es decir, si no existe uniformidad sobre el sentido de un *mandamus* en un mismo colegiado o entre órganos de igual jerarquía) podemos entender que estamos ante una interpretación disparesa, que no puede ser materia de una orden ejecutiva mediante el proceso de cumplimiento⁽⁸⁹⁾.

1.4. Mandato de ineludible y obligatorio cumplimiento

En concordancia con lo anotado hasta aquí, la vigencia, la claridad y el carácter incontrovertible del mandato harían de este uno incontestable, que debe ser satisfecho tal cual está ordenado en la norma legal o acto administrativo, sin que procedan excusas o evasivas al respecto. Ha señalado el Tribunal que el *mandamus* es de ineludible y obligatorio cumplimiento cuando “la norma que lo reconoce no establece excepciones a su contenido o alcances. Se trata (...) de una obligación

(89) Así, por ejemplo, el Tribunal ha establecido como doctrina jurisprudencial que debe declararse improcedente la demanda de cumplimiento por existir controversia compleja o interpretación dispar cuando paralelamente a la demanda de cumplimiento existe una demanda contencioso-administrativa en la que se solicita la nulidad del acto cuyo cumplimiento se exige en la vía constitucional. Vide RTC Exp. N° 02839-2009-PC/TC, ff. jj. 6-9.

imperativa que al Estado corresponde cumplir, sin otro referente que el de un plazo”⁽⁹⁰⁾.

Ahora bien, la evaluación sobre la “obligatoriedad” de un *mandamus* debe tener en cuenta la perspectiva material del deber u obligación que la Administración elude. El mandato debe ser formal, pero además materialmente exigible, desde una doble perspectiva. Desde una perspectiva jurídica el *mandamus* debe ser *materialmente constitucional* para ser exigible; además, desde una lectura que tenga en cuenta la realidad, este no debe estar sujeto a *limitaciones materiales razonables* que impidan su cumplimiento (en otras palabras, no cabe oponer *excusas materiales irrazonables* para evadir el acatamiento).

Sobre lo primero, es claro que para que el mandato sea jurídicamente exigible debe ser uno conforme con la Constitución⁽⁹¹⁾. En efecto, una obligación inconstitucional no es exigible; es más, tanto la jurisdicción como la Administración tienen el deber de preferir la Constitución⁽⁹²⁾. En este sentido, con razón, el Tribunal en su jurisprudencia se ha referido a la necesidad de leer el mandato en clave constitucional, prefiriéndose aquella interpretación que haga prevalecer el sentido constitucional del mandato.

Ha indicado el calificado intérprete de la Constitución que, “tras la presencia de mandatos derivados de una norma exigible legalmente, pero (...) cuestionable constitucionalmente, la alternativa no puede ser menos que concluyente (...). [S]i de la lectura de una norma infraconstitucional apareciera que esta última instituye criterios distintos a los de la Constitución del Estado o impide que estos puedan desarrollarse

(90) STC Exp. N° 02695-2006-PC/TC, f. j. 10.

(91) Así, el mandato no solo debe ser “vigente” (en sentido formal), sino también “válido” (en sentido material). *La distinción entre “vigencia” y “validez” es una normativa que ha merecido gran desarrollo. Puede verse el estado de la cuestión, a partir de los postulados del garantismo y del positivismo, así como la crítica a estos en:* Accatino, Daniela. “La distinción entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica)”. En: *Revista de Derecho*. Vol. XI, Universidad Austral de Chile, diciembre de 2000, pp. 35 y ss.; Delgado Pinto, J. “Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas”. En: Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 7, 1990, p. 101 y ss.

(92) STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC, f. j. 6 y ss. Cfr. *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 1. Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coordinadores). Palestra, Lima, 2007.

adecuadamente, es deber de la magistratura constitucional privilegiar la eficacia de la Constitución por encima de la eficacia de la ley (...). [E]llo no significa de modo alguno que se pretenda desarticular el rol del proceso de cumplimiento, sino el de orientarlo siempre bajo toda circunstancia en provecho de la finalidad que en un sentido amplio persigue todo proceso constitucional, y que no es otra que la defensa de la Constitución”⁽⁹³⁾.

En tal caso, según afirma el Tribunal, ante un mandato legalmente válido (vigente) pero incompatible con la Carta Fundamental, “la manera más adecuada de evitar la paradoja de imponer el cumplimiento de una norma legal aparentemente opuesta a los mandatos constitucionales, pasa por el hecho de ensayar una lectura de dicha norma que resulte compatible con la Constitución”⁽⁹⁴⁾.

Como mencionamos, también existe otra perspectiva material que debe tenerse en cuenta, y está referida a las excusas que puede oponer la Administración, por ejemplo alegando “que ‘no existe presupuesto’ o que, ‘teniendo toda la buena voluntad de cumplir con las resoluciones’, no obstante, los beneficiarios ‘deben esperar la programación de parte del Ministerio de Economía y Finanzas’”⁽⁹⁵⁾. En efecto, si los mandatos en verdad son exigibles e implican para el Estado el deber de cumplirlos, no puede admitirse que este se excuse alegando simplemente que no los presupuestó⁽⁹⁶⁾. Tal proceder no solo es irrazonable⁽⁹⁷⁾, sino que denota una actitud insensible de la Administración Pública⁽⁹⁸⁾. Como bien recuerda el Tribunal, no solo está en juego la afectación de los administrados involucrados, sino que “[e]sta actitud de resistencia a acatar las disposiciones legales” “a la larga, genera desesperanza en los justiciables respecto de las soluciones

(93) STC Exp. N° 4549-2004-PC/TC, f. j. 8.

(94) Ibídem, f. j. 9.

(95) STC Exp. N° 3149-2004-AC/TC, f. j. 8.

(96) Entre varias, cfr. STC Exp. N° 5231-2006-PC/TC, f. j. 8: “De otro lado, por más que el demandado haya puesto como excusa para el cumplimiento de la resolución anotada la falta de previsión presupuestaria, tal argumento no puede considerarse como válido para no respetar el derecho fundamental de una persona, como es el caso de la pensión”. Igualmente la STC Exp. N° 06775-2006-PC/TC, f. j. 3.

(97) STC Exp. N° 3855-2006-PC/TC, f. j. 4, STC Exp. N° 03771-2007-PC/TC, f. j. 7

(98) STC Exp. N° 01203-2005-PC/TC, f. j. 5, STC Exp. N° 3149-2004-AC/TC, f. j. 5.

que ofrece el Derecho, deslegitima el Estado Democrático ante los ciudadanos”⁽⁹⁹⁾.

Asimismo, tampoco es excusa para la renuencia que las normas no prevean un plazo para el cumplimiento del mandato, pues, en todo caso, el plazo que emplee la Administración no puede ser arbitrario. Ello inclusive es aplicable si se trata de la obligación de reglamentar⁽¹⁰⁰⁾, supuesto en el que no se ve directamente involucrado el derecho cierto de un administrado y en el que la Administración tiene cierta cuota de discrecionalidad.

Finalmente, atendiendo al daño ocasionado por la demora en el cumplimiento con excusas presupuestarias –lo que obliga al demandante no solo a esperar un tiempo irrazonable, sino que le perjudica con los gastos que se incurre al acudir a un proceso judicial– el colegiado ha resuelto “el pago de costos conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional” y “sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar”⁽¹⁰¹⁾.

1.5. Mandato incondicional, o con condición de que no sea compleja ni requiera actuación probatoria

Un mandato sujeto a condiciones no puede entenderse como uno ejecutable a través del proceso constitucional que venimos analizando. Así visto, el *mandamus* debe tratarse de uno “incondicional y, tratándose de los condicionales, acreditado haber satisfecho las condiciones”⁽¹⁰²⁾.

Desde luego, acreditar que se satisficieron estas condiciones no debe implicar la existencia de una “controversia compleja”, específicamente una que necesite actividad probatoria intensa o de una etapa

(99) STC Exp. N° 3149-2004-AC/TC, f. j. 6.

(100) Por ejemplo, la STC EXP. N° 09632-2006-PC/TC, f. j. 8: “Como se aprecia la norma no establece plazo alguno para que los gobiernos locales cumplan con emitir tal reglamentación. Ello no es soslayado por este colegiado, sin embargo debe tomarse en cuenta que al momento de interponerse la demanda el mandato contenido en el artículo *sub exámine* ya contaba con más de dos años de vigencia, tiempo que debe ser considerado suficiente para que se lleve a cabo la referida regulación”.

(101) STC Exp. N° 04995-2009-PC/TC, f. j. 9.

(102) STC Exp. N° 0191-2003-AC/TC, f. j. 6.

probatoria que desnaturalice el proceso. Es más, solo en este sentido es que puede entenderse la prohibición de “actuación probatoria” a la que se refiere el requisito, y no a una prohibición absoluta, pues –como indicamos antes– acreditar (“probar”) algo en un proceso siempre implicará que se adjunten ciertas credenciales que respalden las pretensiones y las alegaciones del demandante⁽¹⁰³⁾.

Así por ejemplo, casos usuales de mandatos con condiciones acreditables son los referidos a la reincorporación de trabajadores cesados irregularmente. Como se sabe la Ley N° 27803 –que implementó las recomendaciones de las comisiones que revisaron los ceses colectivos irregulares efectuados durante el gobierno de Fujimori– señalaba algunas condiciones para que procedan las incorporaciones, entre ellas que los trabajadores cesados se encuentren debidamente registrados y que se cuenten con plazas presupuestadas vacantes. Como se aprecia en reiterada jurisprudencia del Tribunal, ambas condiciones son satisfechas simplemente adjuntando la lista oficial de trabajadores irregularmente cesados⁽¹⁰⁴⁾ o acreditando que existen plazas disponibles iguales o equivalentes a las que fueron despojadas⁽¹⁰⁵⁾. Es más, en casos en que el cumplimiento de la condición no ha sido satisfecha por culpa de la propia Administración, el colegiado ha considerado que esta condición se torna irrazonable⁽¹⁰⁶⁾, declarando finalmente fundada la demanda.

2. Características adicionales del mandato para la ejecución de actos administrativos

2.1. Mandato que reconoce un derecho incuestionable del reclamante

Si, como hemos explicado antes, a través de este proceso solo puede demandarse el cumplimiento de actos administrativos firmes, y además el Colegiado Constitucional ha precisado que en cualquier caso el *mandamus* debe ser cierto, claro y de obligatorio cumplimiento, el requisito al que ahora nos referimos es simplemente corolario de todo lo

(103) Cfr. STC Exp. N° 10335-2005-PHC/TC, f. j. 1, STC Exp. N° 3484-2005-PHC/TC, f. j. 3.

(104) RTC Exp. N° 08253-2006-PC/TC, f. j. 4.

(105) STC Exp. N° 03954-2007-PC/TC, f. j. 9.

(106) STC Exp. N° 03767-2007-PC/TC, f. j. 7

anterior. Así visto, el derecho reconocido por el acto administrativo no debe ser pasible de impugnación⁽¹⁰⁷⁾, no debe estar pendiente de un pronunciamiento definitivo, ni debe tratarse de un asunto controversial (en cuanto a la probanza o al significado del derecho).

Sin embargo, es posible que la condición de “derecho incuestionable” no pueda verificarse al analizar la procedencia de la demanda. En tal caso, al resolver “se deberá revisar si existe algún cuestionamiento al derecho reconocido al reclamante, pues de haberlo –a pesar de la naturaleza del proceso de cumplimiento– corresponderá su esclarecimiento. De verificarse que el derecho no admite cuestionamiento corresponderá amparar la demanda; por el contrario, cuando el derecho sea debatido por algún motivo, como por ejemplo, por estar contenido en un acto administrativo inválido o dictado por órgano incompetente, la demanda deberá desestimarse, en tanto el acto administrativo carece de la virtualidad suficiente para configurarse en un mandato por no tener validez legal”⁽¹⁰⁸⁾.

Desde luego, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso de cumplimiento, el esclarecimiento sobre si el derecho es controvertible será posible solo si se verificaron los requisitos mínimos comunes, y si no existe controversia compleja derivada de la superposición de actos administrativos o el derecho reclamado está sujeto a interpretaciones dispares⁽¹⁰⁹⁾. De lo contrario, si se permitiera que se discutan y determinen derechos administrativos en su interior, “el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discutan controversias propias de este tipo de procesos”⁽¹¹⁰⁾.

2.2. Mandato con un beneficiario individualizado

Vinculado al requisito de certeza del mandato, el Colegiado considera que en el acto administrativo debe estar determinado claramente

(107) Aunque la Administración nunca pierde la potestad de variar su decisión, incluso si se trate de un acto administrativo firme. Ello puede producirse, por ejemplo, a partir de los mecanismos de nulidad de oficio, revocación o del ejercicio del derecho de petición. Vide MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 577.

(108) STC Exp. N° 00102-2007-PC/TC, f. j. 6.

(109) Ídem.

(110) STC Exp. N° 0168-2005-PC/TC, f. j. 17.

quién es el sujeto beneficiado con el *mandamus*. Sin embargo, este requisito merece que establezcamos ciertos matices.

Como explicamos antes, el demandante en un proceso de cumplimiento no necesariamente es el directamente beneficiado, pues el Código Procesal Constitucional (artículo 67) señala que también puede demandar quien invoque interés (“legítimo interés”, indicamos). Asimismo, debe tenerse en cuenta que un acto administrativo puede, no obstante referirse a situaciones concretas, dirigirse a un número incierto de personas⁽¹¹¹⁾, e incluso regular intereses y derechos colectivos o difusos, casos en los que puede existir un mandato clara e indubitablemente exigible, pese a no existir stricto sensu un “beneficiario individualizable”.

En tal sentido, antes que entender al “beneficiario individualizado” como un único sujeto titular de una relación jurídico-administrativa, debe entenderse que el mandato del acto administrativo debe tener *efectos individualizados o individualizables*, comprendiendo así a los posibles demandantes del proceso de cumplimiento (terceros con legítimo interés y titulares de derechos trasindividuales).

Al respecto –a nuestro parecer de manera errónea–, el Tribunal ha dejado anotado que, con respecto a “la individualización del administrado la idea es explícita. El acto administrativo deberá consignar a un sujeto o, de ser el caso, un grupo de sujetos, en ambos casos perfectamente identificables; no cabe, en tal sentido, someter a la vía de cumplimiento un acto administrativo de carácter general, en tanto es cualidad de un acto administrativo sometido al proceso de cumplimiento que la mora o el letargo de la Administración, vale decir la omisión, deba incidir directamente en algún sujeto determinado”⁽¹¹²⁾.

Conforme con lo señalado, consideramos que no es la mención expresa del beneficiario o los beneficiarios de un acto administrativo lo que debe considerarse como requisito del *mandamus*; más bien, lo que debe quedar determinado (o debe poder determinarse) al analizar el acto, es quiénes son los afectados por la renuencia de la

(111) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 109

(112) STC Exp. N° 00102-2007-PC/TC, f. j. 6.

Administración. En tal sentido, es cierto que la omisión siempre debe incidir en “algún sujeto determinado”, no obstante, el Tribunal se equivoca al considerar que ello depende de que sea literalmente consignado en el acto administrativo.

VI. RENUENCIA DE LA AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO Y EL “REQUISITO ESPECIAL DE LA DEMANDA”

La Constitución y el Código Procesal Constitucional indican que la demanda de cumplimiento se dirige contra el funcionario o autoridad pública renuente. En atención a ello, se entiende que el agente público responsable ha sido identificado y que se le requirió, no obstante lo cual no acató el mandato legal o no ejecutó el acto administrativo. Ahora bien, es necesario demostrar esta renuencia para que proceda el cumplimiento.

El Código señala cuál es la forma de demostrar que ha existido requerimiento previo a la autoridad o funcionario: a través de una solicitud de cumplimiento que conste en documento de fecha cierta. Este documento es un “requisito especial” que debe adjuntarse a la demanda⁽¹¹³⁾. De esta forma, si el agente encargado sigue incumpliendo a pesar de existir este requerimiento, incurrirá en renuencia y quedará habilitada la vía del proceso de cumplimiento.

Con respecto al documento de fecha cierta, se trata de un documento no específico, que puede ser desde una carta notarial (en la que la certeza sobre la notificación del requerimiento es mayor), pero también un formulario o, en general, un requerimiento expresado a través de una carta simple. En cualquier caso, lo importante es que exista constancia formal sobre la fecha en que el documento fue entregado en la dependencia correspondiente, lo que normalmente constará en un cargo de recepción, con el correspondiente sello y en el que figure

(113) Código Procesal Constitucional

“Artículo 69.- Requisito especial de la demanda

Para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir”.

la fecha de entrega⁽¹¹⁴⁾. En caso de duda sobre la fecha de recepción o sobre la aptitud del documento deberá interpretarse ello favor de dar inicio al proceso⁽¹¹⁵⁾.

Respecto a la “autoridad” o el “funcionario”, consideramos que se trata de un agente estatal (en sentido amplio), de cualquier nivel, responsable de cumplir con aquel *mandamus* cuyo cumplimiento fue omitido y que ahora se exige. Desde luego, la demanda debe entenderse como dirigida al responsable de la función y no a la persona natural que ejerce el cargo. Así, debe tenerse en cuenta que una persona deja el cargo que ocupaba en la Administración por cualquier motivo, la exigencia de cumplir con el deber omitido subsistirá para quien asuma posteriormente esa función.

De otra parte, el Código favorece a la identificación del responsable, lo que permitiría exigirle el cumplimiento de forma directa y expeditiva. No obstante, en caso de que no se pueda determinar al responsable de la omisión, la norma plantea una fórmula que no genera desprotección. Así, el proceso debe continuar aunque la demanda haya sido dirigida incorrectamente o no se conozca al agente obligado. Es más, tanto el funcionario o la autoridad indebidamente demandados, así como el propio juez (sobre quien recae la presunción *iura norit curia*) deben coadyuvar o determinar quién es el funcionario con competencia para cumplir el deber omitido.

Ahora bien, podemos preguntarnos si el concepto de “autoridad” o “funcionario” puede extenderse de alguna forma a particulares⁽¹¹⁶⁾. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, de los diversos procesos constitucionales subjetivos reconocidos por la Constitución y el Código, el único que no puede dirigirse contra cualquier “persona” es el proceso

(114) Cfr. STC Exp. N° 02173-2009-PC/TC, f. j. 5; GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALAVA, Francisco. *Proceso de cumplimiento*. Grijley, Lima, 2008, pp. 50-51.

(115) TITO PUCA, Yolanda Soledad. “El proceso de cumplimiento. Reglas y figuras procesales desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano luego del caso Villa-nueva Valverde”. En: *Compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 180.

(116) A favor, BOREA ODRÍA, Alberto. Ob. cit., pp. 515-516.

de cumplimiento. Así visto, la demanda de cumplimiento contra particulares debería ser inicialmente declarada improcedente⁽¹¹⁷⁾.

Por tratarse de relaciones de Derecho Administrativo y no de derechos fundamentales, es claro que no se puede aplicar sin más, por lo menos no sin incurrir en algunos errores e imprecisiones, las doctrinas estadounidense de la *state action* o alemana de la *Drittewirkung der Grundrechte*. Estas, como se sabe, han permitido hacer viable la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y obtener su protección judicial, pese a las limitaciones previstas por los ordenamientos constitucionales.

Sin embargo, también es evidente que en determinadas circunstancias los particulares se encuentran en una especial situación de poder, por encargo o con autorización del Estado, lo que les coloca frente a los ciudadanos en una posición similar a la de un agente estatal. En tal caso, consideramos que por “autoridad” o “funcionario” debe entenderse a un *agente estatal en sentido amplio*, comprendiendo en esta noción a los responsables que corresponda de “[l]as personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejerzan función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado están incluidas en los supuestos previstos precedentemente, según corresponda”, como señala la norma que regula el proceso contencioso-administrativo⁽¹¹⁸⁾.

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Siendo la finalidad de esta obra colectiva el estudio de la prueba en los procesos constitucionales, el presente artículo debía desarrollar los principales asuntos probatorios vinculados al proceso de cumplimiento. Ahora bien, hemos explicado en este trabajo que en el proceso de cumplimiento no es necesario presentar “pruebas” en sentido estricto, ya que estas implican constatar la verdad o falsedad de

(117) La improcedencia del cumplimiento frente a particulares ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional; cfr. RTC Exp. N° 5682-2006-PC/TC, f. j. 2, RTC Exp. N° 06915-2006-PC/TC ff. jj. 2 y 3.

(118) Artículo 15, inciso 7 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el D. Leg. N° 1067.

afirmaciones sobre hechos, cuando en el cumplimiento lo necesario es acreditar la existencia de un mandato inmediatamente ejecutable, esto es, un “título ejecutivo”.

Dividimos nuestro estudio en seis acápite: el primero sobre los rasgos que caracterizan al proceso de cumplimiento de acuerdo con el Código y lo señalado por la jurisprudencia; luego explicamos las posibilidades para incorporar y actuar pruebas en los procesos constitucionales de tutela de derechos; seguidamente explicamos qué puede acreditarse (“probarse”) específicamente en el proceso de cumplimiento, que son básicamente tres asuntos, que hemos tratado separadamente: la legitimación activa o para demandar, las características del *mandamus* exigible y el denominado “requisito especial de la demanda”.

Consideramos como características principales y peculiaridades del proceso de cumplimiento: (1) que es una “garantía constitucional” prevista por la Constitución y, en ese sentido, se trata de un proceso constitucional (o “constitucionalizado”, si se prefiere); (2) su objeto es de rango infraconstitucional y permite exigir a la Administración que cumpla con un deber omitido, dispuesto por norma legal o acto administrativo; (3) es un proceso ejecutivo, es decir, un proceso que permite exigir el cumplimiento de un mandato contenido en una especie de “título ejecutivo”; (4) en su seno y de manera excepcional se ha tutelado derechos fundamentales; y (5) el Tribunal Constitucional le ha extendido ciertas características que corresponde a los procesos de tutela de derechos constitucionales.

Hemos explicado también que la actuación probatoria en los procesos constitucionales de tutela de derechos está limitada. Al tratarse de un proceso urgente y célere, y al no existir etapa probatoria, se entiende de que el juez constitucional no podría actuar pruebas complejas; sin embargo, la demanda solo podría ser declarada improcedente si existe una vía en la que pueda otorgarse una mejor tutela. De lo contrario el juez no puede dejar desprotegidos los derechos fundamentales del justiciable. Asimismo, el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal permiten la actuación excepcional de pruebas, atendiendo a la finalidad de los procesos de protección iusfundamental y sin desnaturalizarlos en su condición de procesos de tutela urgente.

De otra parte, señalamos que el proceso de cumplimiento requiere, básicamente, que se reconozca la existencia de los requisitos que hacen al mandato exigible, acreditar que el demandante tenga legitimación activa y que se haya presentado el documento de fecha cierta. Además, indicamos que las consideraciones del Tribunal respecto a que en el proceso de cumplimiento se tutelan derechos constitucionales (principalmente del derecho al cumplimiento de normas legales y actos administrativos, pero también otros derechos de manera indirecta) demandaría establecer matices sobre la dinámica del proceso de cumplimiento, requiriéndose, por ejemplo, mayores recaudos probatorios al ser necesario acreditar la titularidad de derechos fundamentales y los posibles daños a estos.

Finalmente, teniendo especialmente en cuenta la jurisprudencia del Colegiado Constitucional, señalamos diversas precisiones y consideraciones en torno a: (1) la acreditación de la legitimación activa en el proceso de cumplimiento (que puede ser: legitimación personal y por legítimo interés, pública, para la defensa de intereses difusos o colectivos y legitimación especial otorgada a la Defensoría del Pueblo); (2) las características del *mandamus* exigible a través del proceso de cumplimiento de acuerdo con el precedente vinculante contenido en la STC Exp. N° 0168-2005-PC/TC; y (3) el “requisito especial de la demanda” que es un documento de fecha cierta que permite demostrar la renuencia de la autoridad o funcionario a acatar el mandato.

Capítulo

4

Etapa probatoria en los procesos constitucionales

Más sobre la existencia “material” de una etapa probatoria en los procesos constitucionales

Una comprobación jurisprudencial

Berly Javier Fernando LÓPEZ FLORES^{(*)(**)}

El autor sustenta la tesis de la existencia material de una etapa probatoria en los procesos constitucionales, señalando que en sede constitucional se presenta una situación de compleja actividad probatoria equiparable a la desarrollada en los procesos ordinarios, pero que difieren en los efectos otorgados a las sentencias expedidas en cada uno de ellos.

INTRODUCCIÓN

En anterior oportunidad⁽¹⁾ cuestioné seriamente la regla referida a la *inexistencia de una etapa probatoria en los procesos de amparo*.

(*) Abogado egresado de la Universidad de Piura. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de postítulo en Derecho Procesal Constitucional otorgado por la misma casa de estudios y el Tribunal Constitucional del Perú. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

(**) “Un sistema procesal puede o no ser eficiente en la búsqueda de la verdad sobre los hechos litigiosos, pero la existencia de reglas procesales no es –en sí misma– un obstáculo para la búsqueda de la verdad, y tampoco es una buena razón para afirmar que la verdad judicial es un tipo especial o formal de verdad”.

“Los principios básicos del derecho a la prueba y de libre valoración de la prueba devienen cada vez más importantes en todos los sistemas procesales modernos: estos principios implican que las normas jurídicas que restringen el uso de medios de prueba deben ser reducidas al mínimo” (*Michele Taruffo*).

(1) LÓPEZ FLORES, Berly. “Del mito de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales de amparo: El misterio en materia laboral de despidos”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 11. Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008, pp. 549-572.

Sustenté este cuestionamiento en que dicha regla procesal, pese a estar incorporada en una norma de desarrollo constitucional (Código Procesal Constitucional), conspira en contra de la naturaleza del referido proceso constitucional, del derecho fundamental al proceso justo (derecho a probar) y de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Justifiqué, asimismo, en razones *iusfundamentales* el apartamiento del juez constitucional de esta regla procesal con la finalidad de promover, proteger y reivindicar en forma oportuna los derechos fundamentales de las personas.

En esta oportunidad, por ser de vital importancia para la tutela oportuna de los derechos fundamentales en sede constitucional, ratifico mi posición anterior, traducida esta vez en la *existencia "material" de una etapa probatoria en los procesos constitucionales*, sustentándola en un recuento detallado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en algunos casos, se pronuncian de manera expresa sobre esta existencia y, en otros casos, de manera tácita, a cuenta de la compleja actividad probatoria desplegada en sede constitucional.

Hago referencia aquí a la *existencia "material" de una etapa probatoria en los procesos constitucionales* para describir una situación fáctica de profusa y compleja actividad probatoria que viene desarrollándose en sede constitucional, en la cual no solo se abordan asuntos eminentemente técnicos, sino científicos (por ejemplo, ambientales, de ingeniería, tecnológicos, médicos, territoriales, etc.), muy equiparables, por lo tanto, a la compleja actividad probatoria que se despliega "formalmente" en sede ordinaria a través de una etapa o fase probatoria.

En esta tarea, la aplicación del *principio de primacía de la realidad procesal* nos advertirá pues que la existencia "material" o "formal" de una etapa probatoria en los procesos judiciales, sean estos constitucionales, civiles, laborales, penales, etc., se determina no por su habilitación legal, en contraposición a lo que sucede en los procesos constitucionales; sino que, por el contrario, se determina de factum por la *compleja actividad probatoria que se despliega en ellos*. De modo tal que existirá una etapa probatoria "formal" o "material" cuando el órgano judicial despliega una compleja actividad probatoria; y ello viene sucediendo de manera muy frecuente en los procesos constitucionales, pese a existir una norma expresa que lo prohíbe.

I. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA PRUEBA: CARACTERÍSTICAS Y LÍMITES

Antes de adentrarnos en la temática que hoy nos convoca, considero importante realizar un recuento jurisprudencial acerca de lo que constituye uno de los elementos claves para determinar la existencia “material” de una etapa probatoria en los procesos constitucionales: *el derecho constitucional a la prueba*.

Me refiero a este derecho como un elemento clave, toda vez que la opción judicial tuitiva para actuar, valorar y merituar medios probatorios complejos dependerá de la amplitud del contenido protegido que le otorgue el ordenamiento constitucional al derecho fundamental a la prueba. Por tal motivo, podemos adelantar que existe una relación necesaria de causa-efecto entre el derecho constitucional a la prueba y la existencia “material” de una etapa probatoria en los procesos constitucionales. En otras palabras, es el ejercicio del derecho a la prueba, en sus distintas manifestaciones o facetas, el que origina la opción judicial tuitiva para valorar y merituar medios probatorios complejos, sin que haya la necesidad de revelar o sincerar una etapa o fase probatoria.

Adentrándonos en el tema, resulta pertinente parafrasear lo señalado por el Tribunal Constitucional en cuanto a que el derecho fundamental a la prueba “tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos” (Cfr. STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC, f. j. 133).

Nótese aquí, con meridiana claridad, que es un derecho a presentar medios probatorios, pudiendo ser cualquiera que tenga la finalidad de crear certeza en el juzgador sobre lo que se alega en la demanda o en la contestación de esta. Así, puede tratarse de un medio de prueba científico, técnico o de cualquier otra índole, pero que, a efectos prácticos, pueda ser interpretado con facilidad por los jueces constitucionales, debiendo estar incorporado en un soporte documentario, por ejemplo, en un informe técnico.

Como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones “derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –*límites extrínsecos*–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –*límites intrínsecos*–” (Cfr. STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC, ff. jj. 133-135).

Con relación a este último límite, se ha señalado en un caso concreto, que “(...) si bien la defensa letrada no se agota en la designación de cualquier abogado defensor, sino que debe ser una defensa efectiva, también es cierto que conforme al artículo 9 del Código Procesal Constitucional no existe etapa probatoria en los procesos constitucionales, por lo que la actividad probatoria que puede desplegarse en estos procesos de urgencia es muy limitada. Es por ello que tales alegaciones no pueden ser dilucidadas en [esta clase de] proceso” (Cfr. STC Exp. N° 05999-2008-PHC/TC, f. j. 5). Del caso descrito, se infiere que habría existido una defensa negligente por parte de un abogado de oficio, alegación que –según el Tribunal– no podría ser verificada ni merituada en tanto los procesos constitucionales carecen de etapa probatoria. Sobre el particular, considero que una estrategia procesal efectiva a cargo de la parte interesada hubiera dado lugar –con fines de probanza– a la presentación de informes u opiniones documentadas de personas o instituciones autorizadas en la materia procesal, en los cuales describan o concluyan que efectivamente la defensa ejercitada por el abogado de oficio fue negligente. Dicha prueba, en soporte documentario, hubiera originado un razonamiento distinto en el juzgador.

De otro lado, el Tribunal Constitucional también ha dicho que “constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa” (Cfr. STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, f. j. 6). Pero ello no acaba ahí, sino que “su contenido se extiende al derecho del procesado a presentar pruebas, pero también a controvertirlas, así como a que el órgano jurisdiccional resuelva dichas contradicciones” (Cfr. STC Exp. N° 01014-2007-PHC/TC, f. j. 16).

También ha establecido que “se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido, más precisamente, está determinado: (...) por el

derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado" (Cfr. STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC, f. j. 15).

Se advierte de esta manera que de "los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba, uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia del juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables" (Cfr. STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, f. j. 8). En tal sentido, ha precisado que "la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso" (Cfr. STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, f. j. 9).

El Tribunal Constitucional también ha desarrollado las características que debe tener el medio de prueba a efectos de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juzgador. Así tenemos: "(1) *Veracidad objetiva*, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, prima facie, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues este se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; (2) *Constitucionalidad de la actividad probatoria*, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones

al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) *Utilidad de la prueba*, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando esta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) *Pertinencia de la prueba*, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada" (Cfr. STC Exp. N° 01014-2007-PHC/TC, f. j. 12).

Como hemos podido apreciar, el modelo probatorio establecido por el Tribunal Constitucional resulta de muy amplia gama y espectro –tiene diferentes manifestaciones, contenidos y características–; y tiene también, como ámbito de aplicación, cualquier tipo de procedimiento (administrativo-notarial) o proceso (ordinario-constitucional); razón por la cual, cualquier vulneración o amenaza de esta al derecho a la prueba llevada a cabo en los ámbitos descritos podría ser neutralizada por los mecanismos impugnatorios propios del proceso o procedimiento y, subsidiariamente a través del proceso de amparo, por ser el derecho a la prueba uno de orden constitucional.

Este modelo probatorio, precisamente por ser amplio, abre las puertas para que en los procedimientos administrativos y en los procesos ordinarios o constitucionales se ofrezca, se valore y se actúe cualquier medio de prueba independientemente de la naturaleza que este tenga (científica, técnica, etc.) limitado únicamente por la finalidad de generar certeza en el juzgador sobre los hechos del caso sometido a su consideración, y además que esté contenido en un soporte documentario (informe técnico) a efectos de que sea fácilmente entendido e interpretado por el juez.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha otorgado fines institucionales a la prueba, al señalar que "(...) en los procesos constitucionales la prueba tiene como función demostrar o acreditar que la amenaza de vulneración alegada por el demandante es cierta y de inminente realización, o que la vulneración del derecho fundamental alegado ha sido producida de manera real y efectiva, o que se ha convertido en irreparable" (Cfr. STC Exp. N° 4762-2007-PA/TC, f. j. 7).

II. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 9 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Muchos aplicadores del Derecho relacionan, por un lado, la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales con la sumariedad y la urgencia requerida para la protección de los derechos que ostentan la calidad de constitucionales; y por otro lado, relacionan la existencia de una etapa probatoria en los procesos ordinarios, derivada del carácter secundario (legal) de los derechos que se ventilan en esta sede, con una ausencia de tutela urgente. Esta descripción, a nuestro entender, incurría en un probable error de concepción respecto a la naturaleza de los procesos constitucionales y de los procesos ordinarios.

Creemos que ambos tipos de procesos tienen por finalidad la protección directa o indirecta de los derechos constitucionales de las personas; sin embargo, difieren diametralmente en los efectos que se impregnán a las sentencias que se expidan en ellos. Así, de un lado, las sentencias expedidas en los procesos constitucionales que tutelan derechos fundamentales tienen una *naturaleza restitutiva de derechos* (retrotraen las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación del derecho fundamental). De otro lado, las sentencias expedidas en los procesos ordinarios tienen *naturaleza constitutiva de derechos* (constituyen, generan, crean u otorgan un derecho sobre algo).

En ese sentido, y a efectos de la temática propuesta, ¿qué trascendencia jurídica tiene el hecho de diferenciar la naturaleza de las sentencias expedidas en los procesos constitucionales y en los procesos ordinarios? Sobre el particular, considero que la diferenciación resulta gravitante, pues si los procesos judiciales ordinarios constituyen, generan, crean u otorgan algún derecho, se requiere contar previamente con una estación o fase probatoria amplia, pues precisamente se acude a ellos para solucionar una incertidumbre jurídica, una cuestión controvertida dudosa o que se presenta poco clara; por ello la necesidad de contar con una etapa probatoria. En cambio, en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, al expedirse sentencias que tienen una naturaleza restitutiva, la norma procesal de manera válida establece que no existe etapa probatoria, pues precisamente no otorgan, crean, ni constituyen un derecho, sino que solo buscan, como ya dijimos, el restablecimiento del ejercicio de un derecho conculado.

En consecuencia, podemos apreciar que la problemática acerca de la existencia o inexistencia de una etapa probatoria en los procesos

judiciales, sean estos ordinarios o constitucionales, se resuelve atendiendo a la *naturaleza (efectos) de las sentencias* que se expidan en ellos, y no atendiendo exclusivamente a la urgencia o la sumariedad que los caracterice, pues estos conceptos constituyen rasgos característicos comunes a todo proceso judicial, y no servirían como rasgo diferenciador único. Corrobora lo señalado, que los procesos ordinarios (por ejemplo, el abreviado, el ejecutivo o el urgente) tienen una tramitación sumaria, que se identifica plenamente con la sumariedad característica de los procesos constitucionales.

Por todo lo expuesto, consideramos que la inexistencia de una etapa probatoria en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales se debe esencialmente a la naturaleza restitutiva de sus sentencias, por lo que, si a través de un proceso de esta naturaleza se pretende crear, declarar u otorgar un derecho, entonces cabría invocar válidamente la inexistencia de una etapa probatoria, desestimando la demanda, en aplicación del primer párrafo del artículo 9 del Código Procesal Constitucional en cuanto establece que “en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria”, toda vez que a través de ellos no se otorga, crea ni constituye derecho alguno.

Conviene preguntarse entonces, ¿a qué situación se aplicaría el segundo párrafo del artículo 9 del Código Procesal Constitucional que establece que “solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso”? A efectos de responder esta interrogante, debemos referirnos a los presupuestos procesales específicos para dar inicio a la tramitación de procesos de amparo, presupuestos que se adaptarían a los otros procesos constitucionales que guarden igual naturaleza. Al respecto, Heredia Mendoza⁽²⁾ señala que dichos presupuestos son: “a) certidumbre del derecho que se busca proteger; b) actualidad de la conducta lesiva; c) carácter manifiesto de la antijuridicidad o arbitrariedad de esa conducta; y d) origen constitucional inmediato de los derechos afectados”. Su cumplimiento implica que en la práctica “no se puede pretender el amparo de un derecho de dudosa existencia, porque la función del juzgador en ese proceso es la de constatar

(2) HEREDIA MENDOZA, Madeleine. *Naturaleza procesal de la acción de amparo*. Cultural Cuzco, Lima, p. 63.

los presupuestos del amparo y no la de dirimir la contienda acerca de la existencia del derecho, que solo puede tener lugar en un proceso en el que las partes tengan oportunidad de debatir extensamente y probar con amplitud los hechos que hagan al derecho que cada uno invoque a su favor”⁽³⁾. Por ello, si ante la no verificación de estos presupuestos procesales “el derecho se revela incierto, desde que su declaración de existencia impone la superación de alguna controversia, por ende (...) el amparo fracasará”⁽⁴⁾. Y es que a decir de Mario Morello, citado por Beatriz Sbdar⁽⁵⁾, “el amparo no estará habilitado cuando el derecho constitucional no aparezca pleno, cierto [y] no controvertible. Tiene pues, que ser previamente reconocido o declarado como tal”.

Sostenemos aquí que, atendiendo a la regulación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, solo podrá activarse un proceso constitucional de amparo, desarrollar su trámite y obtener una sentencia favorable cuando “estén fehacientemente acreditados tres elementos: primero, que está en juego un derecho fundamental (más precisamente, su contenido constitucional); segundo, la titularidad del derecho fundamental [de] quien se dice afectado; y tercera, la amenaza cierta e inminente o la violación efectiva del derecho fundamental”⁽⁶⁾. Este criterio ha sido seguido por el Tribunal Constitucional, que ha señalado que “(...) el amparo se dirige básicamente a analizar si el acto reclamado es o no lesivo de aquel atributo subjetivo reconocido por la norma suprema del Estado (...). De ahí que en la jurisprudencia de este Tribunal se haya sostenido que para que esa tarea pueda llevarse a cabo es preciso que el acto cuestionado sea manifiestamente arbitrario”. (Cfr. STC Exp. N° 0410-2002-AA/TC, f. j. 5). A su vez, este criterio fue ratificado por el Tribunal al señalar que “(...) en el (...) amparo hay dos hechos a probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de derecho, valorable finalmente por

(3) BEATRIZ SBDAR, Claudia. *Amparo de derechos fundamentales*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003. p. 113.

(4) Ibídem, p. 114.

(5) Ibídem, pp. 133-134.

(6) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Segunda edición. Tomo I. Palestra, Lima, 2006, p. 288. En el mismo sentido, Cfr. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. “Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional peruano”. En: *Justicia Constitucional*. N° 2. Año I. Palestra, Lima, agosto-diciembre de 2005, p. 115.

el juzgador" (Cfr. STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC, f. j. 3). Dicho criterio fue aplicado recientemente en el RTC Exp. N° 0543-2010-PA/TC, f. j. 4, en el cual precisó que "(...) el recurrente alega [una] vulneración de sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, al haberse declarado improcedente su demanda de invalidez de acta, fundamentalmente porque aquella versaba sobre asuntos civiles (nulidad de acto jurídico); sin embargo, el recurrente no ha acreditado el acto que habría originado la lesión a sus derechos alegados, pues en su demanda no ofrece medio probatorio alguno que acredite la conexidad o vinculación del acta –cuya invalidez se pretendía– con los derechos laborales adquiridos a través de laudos arbitrales, documentos estos que justificarian que su demanda sea tramitada en la vía laboral".

Por lo tanto, el segundo párrafo del artículo 9 del Código Procesal Constitucional solo podría ser aplicado por el juzgador cuando los presupuestos procesales específicos del amparo de: *i) amenaza cierta e inminente o la violación efectiva del derecho fundamental, y ii) que esté en discusión el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental* no hayan sido acreditados debidamente por el demandante, causándole duda al juez constitucional sobre su concurrencia, situación que le originaría una actitud proactiva en búsqueda de la verdad judicial, ordenando para ello la realización de actuaciones probatorias (inspección judicial, pericia, informes técnicos-científicos, etc.). Solo ante la duda de concurrencia de los presupuestos procesales descritos cabe acudir a los medios probatorios de actuación inmediata (simples), así como a los medios probatorios de actuación diferida (complejos). Y es que la existencia "material" de una etapa probatoria en los procesos constitucionales viene determinada no por su reconocimiento formal, motivado por la voluntad de la ley, sino por su reconocimiento material, motivado por la autonomía e independencia judicial en aras de alcanzar la verdad judicial.

Lo expuesto ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional al señalar que "(...) en los procesos de amparo no pueden dilucidarse pretensiones que tengan como finalidad la restitución de un derecho fundamental cuya titularidad sea incierta o litigiosa, o que se fundamenten en hechos contradictorios, o controvertidos, o que requieran la actuación de medios probatorios complejos. *Sin embargo, ello no impide que el juez pueda solicitar la realización de actuaciones probatorias complejas cuando las estime necesarias e indispensables para determinar la*

ilegitimidad o legitimidad constitucional del acto reputado como lesivo" (cursivas nuestras) (STC Exp. N° 4762-2007-PA/TC, f. j. 12).

Empero, este dispositivo no sería aplicable, y la actuación probatoria compleja no tendría lugar, si existe duda respecto a la concurrencia del presupuesto procesal de *titularidad del derecho constitucional* pues, como hemos señalado en líneas precedentes, en los procesos constitucionales no se constituye, ni se otorga la titularidad de derecho alguno.

Para concluir este punto, cabe preguntarse también si la inexistencia de una etapa probatoria en los procesos constitucionales impide actuar los medios probatorios ofrecidos. Como ya se ha señalado, si se trata de *pruebas de actuación inmediata*, como por ejemplo en materia de despidos pueden ser los contratos laborales o de locación de servicios, memorándum, correos electrónicos, presentación periódica de informes, pagos de comisiones de servicios, emisión de recibos por honorarios, amonestaciones escritas, cartas de despido, etc., estas serán actuadas inmediatamente por el juez constitucional al momento de admitir la demanda y/o al momento de sentenciar el proceso⁽⁷⁾.

Tratándose de *pruebas de actuación diferida* que requieren actos posteriores de ratificación como pueden ser, siguiendo con la materia laboral de despidos, la inspección judicial, el peritaje contable, las declaraciones testimoniales, la exhibición de libros, etc., estas, creemos, también pueden ser actuadas por el juez constitucional a través de una etapa probatoria material⁽⁸⁾.

Lo expuesto tiene correlato con lo regulado en el artículo 53 del Código Procesal Constitucional, a través del cual se dota al juez constitucional de una importante libertad de actuación probatoria, pudiendo inclusive establecer una etapa o fase probatoria materializada en una *audiencia única* que servirá para esclarecer los hechos que se estimen necesarios. De modo que, a partir de la aplicación e interpretación sistemática de este dispositivo con el artículo 9 del mismo cuerpo legal, se puede vislumbrar que, al menos en el trámite del proceso de amparo ante el Poder Judicial, existe una etapa probatoria que será

(7) Cfr. LÓPEZ FLORES, Berly. "Del mito de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales de amparo: El misterio en materia laboral de despidos". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 11. Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008, p. 556.

(8) Ídem.

establecida por el juez con la finalidad de esclarecer los hechos que redundarán en la protección efectiva de los derechos fundamentales. Y si ello sucede a nivel del Poder Judicial, lo justo y lo conveniente, de cara a la protección de los derechos fundamentales de la persona, es que dicha libertad probatoria se extienda también al trámite del amparo ante el Tribunal Constitucional⁽⁹⁾.

Veamos ahora cómo viene interpretando el Tribunal Constitucional el artículo 9 del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, con relación a este dispositivo ha establecido que “(...) en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria (...). Sin embargo, ello no significa que las partes en los procesos constitucionales también estén exentas de la carga de adjuntar las pruebas documentadas que sustenten sus afirmaciones. Por ello, este Tribunal ha sostenido (STC Exp. N° 3484-2005-PHC/TC) que, el artículo 9, (...) implica una responsabilidad implícita que entraña la carga de probar a las partes que acuden a la vía constitucional de adjuntar medios probatorios idóneos que sean suficientes para crear en el juzgador un criterio respecto del derecho alegado” (Cfr. STC Exp. N° 9878-2005-PHC/TC, f. j. 1).

Asimismo, el Tribunal ha sincerado y revelado que en muchas ocasiones realiza actividad probatoria compleja, toda vez que “la actuación de los medios probatorios no se realiza en los procesos constitucionales como en los procesos judiciales ordinarios, lo que no quiere decir que en los primeros dicha actuación sea inexistente. No obstante, los procesos constitucionales exigen también a los pretensores que acuden a la vía constitucional adjuntar los medios probatorios idóneos que sean suficientes para crear en el juzgador un criterio respecto de la vulneración del derecho que se alega (...)” (Cfr. STC Exp. N° 9878-2005-PHC/TC, f. j. 2).

De otro lado, ha establecido deberes probatorios a las partes del proceso, pues ha reconocido “que aunque la carga de la prueba en los procesos constitucionales le corresponde a la parte emplazada, para que ello ocurra, la parte demandante debe acreditar, mínimamente, que los hechos que le causan agravio son actuales, permanentes y que se encuentran relacionados con la parte emplazada, lo que en el caso de autos no se advierte. De lo contrario, el órgano jurisdiccional

(9) Ídem.

tendría que emitir pronunciamiento únicamente sobre la base de lo expuesto por la parte reclamante, aunque ello no se encuentre objetivamente corroborado" (Cfr. RTC Exp. N° 0289-2010-PA/TC, f. j. 5). Por tal motivo, ha señalado que "(...) son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes recae y se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo, el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice" (Cfr. STC Exp. N° 4762-2007-PA/TC, f. j. 8).

Asimismo, corroborando nuestra posición sobre la existencia "material" de una etapa probatoria en los procesos constitucionales, el Colegiado ha manifestando que "(...) si de la actuación de un medio probatorio depende la efectiva tutela jurisdiccional del derecho constitucional afectado o amenazado, esta actuación probatoria debe ser ordenada con perjuicio de lo dispuesto en la norma procesal constitucional (...)" (Cfr. STC Exp. N° 2876-2005-PHC/TC, f. j. 23).

Esta opción jurisprudencial tuitiva, reflejada en el apartamiento de la regla procesal establecida en el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, fue reiterada al señalarse que "si bien [este artículo] limita y establece la ausencia de estación probatoria en los procesos constitucionales, también es cierto que existe una excepción a la regla cuando en la segunda parte del mismo artículo se permite '(...) la realización de actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso'. Desde esta perspectiva, lo que existe en realidad es solo una limitación de la actuación probatoria, pues en la práctica es indispensable la presentación de pruebas que acrediten la violación o amenaza de un derecho constitucional. Este Tribunal tiene el deber inexcusable de realizar cualquier actuación probatoria que considere necesaria, siempre que con ello no se afecte la duración del proceso" (Cfr. STC Exp. N° 03081-2007-PA/TC, ff. jj. 3 y 4).

III. LA PROFUSA Y COMPLEJA ACTIVIDAD PROBATORIA DESPLEGADA POR LOS JUECES CONSTITUCIONALES: ASUNTOS TÉCNICOS Y CIENTÍFICOS

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional en varios pronunciamientos ha optado por realizar una interpretación literal del artículo 9 del Código Procesal Constitucional al precisar que "la ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo se deriva de la finalidad y del

objeto del proceso, ya que en él no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino [que] solo se restablece su ejercicio ante una afectación manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por ello, para que se pueda emitir un pronunciamiento de fondo, es preciso no solo que no se encuentre en discusión la titularidad del derecho constitucional que se alega vulnerado, sino, incluso, que quien sostiene que ha sido afectado en su ejercicio acredite la existencia del acto reclamado. Ello quiere decir que la titularidad del derecho cuya vulneración o amenaza de vulneración se alega debe ser cierta e indubitable, y no controvertida o dudosa" (Cfr. STC Exp. N° 4762-2007-PA/TC, f. j. 10).

Sin embargo, no es menos cierto también que en otras ocasiones ha optado por una interpretación finalista del citado artículo, otorgando la posibilidad de que se efectúe actuación probatoria compleja. Así, ha señalado que "(...) en los procesos de amparo no pueden dilucidarse pretensiones que tengan como finalidad la restitución de un derecho fundamental cuya titularidad sea incierta o litigiosa, o que se fundamen en hechos contradictorios, o controvertidos, o que requieran la actuación de medios probatorios complejos. *Sin embargo, ello no impide que el juez pueda solicitar la realización de actuaciones probatorias complejas cuando las estime necesarias e indispensables para determinar la ilegitimidad o legitimidad constitucional del acto reputado como lesivo*" (Cfr. STC Exp. N° 4762-2007-PA/TC, f. j. 12).

En consecuencia, coincidentemente con lo que se viene proponiendo en este texto, se aprecia con meridiana claridad que el Tribunal Constitucional admite la posibilidad de que se actúen medios probatorios complejos, técnicos y científicos, y deja de lado en muchas ocasiones su tradicional posición de preferir medios probatorios de actuación inmediata.

Pasemos entonces a realizar un pequeño recuento de algunos fallos en los cuales el Tribunal Constitucional ejercita y pone en práctica su innovadora posición respecto a la actuación de medios probatorios complejos.

a) Proceso de amparo

1. Caso HV S.A. Contratistas vs. Vocales integrantes de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete (STC Exp. N° 0917-2007-PA/TC)

Se trata de un caso de amparo contra amparo en el cual el Tribunal Constitucional, si bien es cierto no actúa directamente medios probatorios complejos –*inspección judicial e informe técnico emitido por*

entidad pública especializada— sí les otorga importancia capital, originando la declaratoria de nulidad de una sentencia estimatoria de amparo emitida por el Poder Judicial precisamente por no actuar, evaluar ni merituar dichos medios probatorios; ratificando de este modo la opción judicial tuitiva de actuación de medios probatorios complejos. Así, en este caso señaló que:

“A entender de la demandante las violaciones a sus derechos constitucionales se presentarían esencialmente por dos motivos: a) La Sala demandada dispuso la realización de una diligencia de inspección ocular que, pese a llevarse a efecto y dejar constancia de la existencia de zonas arqueológicas en la vía objeto de discusión en el primer proceso de amparo, no fue en ningún momento merituada a los efectos de expedir el pronunciamiento cuestionado. La citada diligencia, por otra parte, fue practicada sin la presencia del vocal ponente de dicha causa, quien, en todo caso y en atención al principio de inmediación, necesariamente debió encontrarse presente; b) La misma Sala demandada dispuso oficializar al Instituto Nacional de Cultura a los efectos de requerir un informe respecto a la vía de acceso materia de discusión; sin embargo, pese [a] haber ordenado el acopio de dicha prueba procedió a sentenciar de manera unilateral, antes de la remisión del citado informe que, como quedaría demostrado ulteriormente, sería concluyente respecto de la presencia de zonas arqueológicas en las áreas materia de conflicto” (f. j. 2).

“(…) Así configurado el atributo constitucional en mención, cabe puntualizar que la variante por la que la recurrente reclama en el presente caso, se encuentra directamente vinculada al llamado derecho de prueba en el ámbito judicial. Este último, en rigor, supone no solo la capacidad para que las partes que participan de un proceso determinado puedan aportar los medios que acrediten las pretensiones que sustentan, sino a que las que son actuadas o valoradas por parte del juzgador, lo sean de una manera compatible con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad.

El derecho a probar no es pues desde la perspectiva descrita un atributo que solo recae sobre los justiciables, sino un principio de observancia obligatoria que impone sobre los juzgadores (sean jueces o tribunales) un determinado modo de actuación, que aunque en principio es autónomo en cuanto a la manera de ejercerse (no en vano se trata de una competencia judicial), no puede sin

embargo desarrollarse o ponerse en práctica de una manera absolutamente discrecional, pretendiendo legitimar conductas arbitrarias o grotescas.

En el caso de autos y como ya se ha señalado, son dos las objeciones formuladas con respecto al comportamiento de las autoridades judiciales emplazadas; por un lado, las que tienen que ver con la diligencia de inspección ocular programada y llevada a efecto con motivo de la constatación acerca de la existencia o no de una zona arqueológica en el camino que fue materia de discusión en el primer proceso de amparo, y por el otro, las referidas a la actuación de un medio probatorio dispuesto en su debida oportunidad, empero dejado inexplicablemente de lado por la propia autoridad judicial que lo ordenó" (ff. jj. 15-17).

"(...) Considera este Colegiado que el solo hecho de haberse prescindido de una prueba que la misma instancia judicial había dispuesto, representa ya de por sí una clara vulneración al derecho fundamental a probar (perspectiva que incluso ha sido expuesta en otros casos, como por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0613-2003-AA/TC, caso Pedro Miranda Vásquez y otra); sin embargo, aún asumiendo que dicho proceder de alguna manera pudiese explicarse apelando a una sensata motivación, ocurre que en el presente caso, tampoco existe posibilidad alguna de legitimar la actuación judicial cuestionada. En efecto, la Sala demandada en ningún momento ha precisado las razones de su inmediata decisión. Entre el momento en que se expide la resolución del 27 de marzo y el que corresponde a la sentencia del 4 de abril, existe exactamente una semana (contando incluso los días no hábiles), lo que refleja a las claras una manifiesta voluntad de apresuramiento, inexplicable en un contexto en el que no se había establecido plazo alguno para la remisión por parte de la entidad requerida, de la información en su momento solicitaba (sic)" (f. j. 19).

2. Caso Simeón Quispe Flores vs. Juez a cargo del Quincuagésimo Octavo Juzgado Civil de Lima (RTC Exp. N° 2093-2009-PA/TC)

Este caso es uno de amparo contra resolución judicial, que en el fondo versa sobre un asunto que constituye materia constitucional relevante: la protección de los derechos del consumidor frente a un proveedor (Banco), en el cual se discute la disposición de dinero de una

tarjeta de débito por personas no autorizadas, ordenándose por ello que se actúen medios probatorios complejos y tecnológicos con el fin de verificar la identidad de la persona que dispuso ilegítimamente del dinero. En este caso, el Tribunal señaló que:

"[S]e deben revocar las decisiones impugnadas ordenándose su admisión a trámite con audiencia del demandado y del Banco Interbank, centrándose el debate constitucional en la verificación de la identidad de la persona (el recurrente, el Banco o un tercero) que dispuso o sustrajo el dinero depositado en la cuenta bancaria, en las medidas de seguridad implementadas por el Banco para revertir la situación de disposición de dinero por parte de personas no autorizadas, en el actuar diligente del recurrente al momento de usar las tarjetas electrónicas y en la posible desinformación al recurrente sobre el cobro de montos por conceptos de mantenimiento de cuenta, portes, etc." (f. j. 4).

3. Caso Empresa Hostal David vs. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y Segunda Sala Civil de Trujillo (STC Exp. N° 4488-2008-PA/TC)

También es un caso de amparo contra resolución judicial, en el cual se cuestiona la tramitación de un proceso judicial seguido sin conocimiento del demandado, pues el asiento de notificación dirigido a él habría sido falsificado con fines de causarle indefensión, dando lugar a que este, en buena estrategia procesal, presente una pericia que determinaba la falsificación del asiento de notificación, pericia que fue preponderante para causar convicción en el juzgador y ordenar la admisión a trámite de la demanda de amparo. Aquí, el Tribunal señaló que:

"A efectos de desvirtuar lo señalado por la Sala Descentralizada de Sullana, en cuanto declara la improcedencia de la demanda de autos por carecer de estación probatoria, este Tribunal cree conveniente reiterar la obligación de los jueces constitucionales de actuar los medios probatorios que presenten las partes en el proceso de amparo, pues 'la carencia de la etapa probatoria se debe a que el [este] solo tiene por finalidad re establecer el ejercicio de un derecho constitucional'. Su objetivo es eminentemente restitutorio, es decir, solo analiza si el acto reclamado es lesivo de un derecho reconocido por la Constitución. Las pruebas se presentan en la etapa postulatoria (fundamento 2). Si bien el artículo 9 del referido Código limita y establece la ausencia de estación probatoria en los procesos

constitucionales, también es cierto que existe una excepción a la regla cuando en la segunda parte del mismo artículo se permite '(...) la realización de actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso (...)’ (fundamento 3). Partiendo de esta premisa, este Tribunal tiene el deber inexcusable de realizar cualquier actuación probatoria que considere necesaria siempre que con ello no se afecte la duración del proceso” (fundamento 4) (STC Exp. N° 03081-2007-PA/TC). *Conforme a lo expuesto, la Sala que admite la demanda de autos deberá actuar y meritar la pericia ofrecida por la recurrente, e integrar en el proceso de amparo a la parte demandante del proceso ejecutivo a fin de no vulnerar su derecho de defensa, y de hallar indicios penales en la falsificación del cargo de notificación de la demanda ejecutiva, remitir de inmediato los actuados al Ministerio Público para que actúe conforme a sus atribuciones*” (cursivas nuestras).

4. Caso Máximo Medardo Mass López vs. Nextel del Perú S.A. (STC Exp. N° 04223-2006-PA/TC)

Este es un caso de amparo ambiental en el cual el Tribunal Constitucional determina que no se ha acreditado la vulneración del derecho a la paz, a la tranquilidad, y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado como consecuencia de la instalación de una antena de telecomunicaciones, pues los *informes técnicos* solicitados a la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Dirección Regional de Defensa Civil de Áncash determinaron que *no existe riesgo de exposición radioeléctrica*; aspecto este último que constituye un asunto eminentemente técnico y científico, y pese a ello fue evaluado y merituado por el Tribunal Constitucional. En este caso se señaló que:

“De ahí que en ejercicio de la potestad que le reconoce el artículo 119 del Código Procesal Constitucional solicitó información a la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a la Dirección Regional de Defensa Civil de Áncash, en el presente caso, con la finalidad de que lo que va a resolverse responda a un adecuado razonamiento sustentado en suficientes elementos objetivos” (f. j. 30).

“(...) Ahora bien, ya se ha señalado (STC Exp. N° 0921-2003-AA/TC, f. j. 5) que ‘cuando una dependencia del Estado emite una opinión técnica acerca de un asunto propio de su competencia, no vulnera ni amenaza per se derechos constitucionales, a menos que con la

emisión de dicho dictamen se hubiese obrado de una forma absolutamente incompatible con los objetivos propios de la función que se ejerce, u omitido el cumplimiento de normas pre establecidas que regulan su ejercicio'. En el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que los informes remitidos por las instituciones requeridas se ajustan a los extremos, por lo que deben ser objeto de valoración jurídica" (f. j. 33).

"(...) En el presente caso, de los informes técnicos solicitados por este Tribunal se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de Nextel, sería una medida irrazonable y desproporcionada" (f. j. 35).

5. Caso Elizabeth Ponce Pescoran y otros vs. Municipalidad Provincial del Callao y Empresa Depósitos Químicos Mineros S.A. (STC Exp. N° 01752-2004-AA/TC)

Este constituye otro caso de amparo ambiental, en el cual el Tribunal Constitucional determina que no se ha acreditado la amenaza de vulneración de los derechos a la vida, a la salud y a vivir en un ambiente adecuado como consecuencia del *funcionamiento de una planta de almacenamiento de productos químicos*, pues el *informe técnico* solicitado a la Dirección de Salud I del Callao, relativo a la *inspección realizada* en las instalaciones de la empresa Depósitos Químicos Mineros S.A., determina que no se encontró evidencia de que en las instalaciones del terminal se hubiese producido una *explosión o derrame de ácido sulfúrico*; aspecto este último que también constituye un asunto eminentemente técnico y científico, y aún así fue evaluado y meritulado por el Tribunal Constitucional. En este caso, señaló que:

"Por [lo] tanto, los informes de parte presentados por los demandantes, que cuestionan el Estudio de Impacto Ambiental del Terminal de Depósitos Químicos Mineros S.A., así como los informes de la codemandada que, a su vez, ponen en tela de juicio los informes de los demandantes, no son determinantes para poner objeciones a la licencia de funcionamiento otorgada por la Municipalidad Provincial del Callao, puesto que este Tribunal ya se pronunció subrayando que el Estudio de Impacto Ambiental fue emitido conforme a ley. De otro lado, de existir algún cuestionamiento técnico posterior a la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por parte de las autoridades públicas, en el que deberá demandarse a todas las

entidades implicadas, se deja a salvo el derecho de los demandantes de acudir a la vía correspondiente para tal fin.

Del mismo modo, sobre la base del Estudio de Impacto Ambiental y luego de las inspecciones correspondientes, con fecha 13 de febrero de 2003, la Municipalidad Provincial del Callao otorgó el Certificado de Evaluación Ambiental N° 013-2003, de fojas 808. Conforme al TUPA de la Municipalidad, dicho certificado constituye uno de los requisitos para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento. Después de cumplido ese y otros requisitos, la Municipalidad procedió al otorgamiento de la licencia. Por [lo] tanto, este Colegiado considera que la licencia de funcionamiento fue otorgada dentro de las competencias regulares que corresponde a los municipios como consecuencia natural del previo otorgamiento de la licencia de construcción y de la construcción de la planta" (ff. jj. 7 y 8).

"(...) Los demandados niegan que el 5 de junio de 2004 se haya producido tal derrame de ácido sulfúrico, presentando el Informe N° 582-04, del 29 de octubre de 2004, de la Dirección de Salud I del Callao, relativo a la inspección realizada en las instalaciones de la empresa Depósitos Químicos Mineros S.A. el 23 de julio de 2004, en el que participaron los funcionarios del Ministerio de Salud, de la Tercera Fiscalía Provincial Penal del Callao, la Policía Ecológica y los representantes de la empresa inspeccionada. Dicho informe concluye que no se encontró evidencia de que en las instalaciones del terminal se hubiese producido una explosión o derrame de ácido sulfúrico. Por [lo] tanto, este Colegiado estima que no se ha acreditado que la amenaza sea cierta e inminente" (f. j. 19).

6. Caso Julio César Huayllasco Montalva vs. Praxair Perú S.A. (STC Exp. N° 03510-2003-AA/TC)

Este es otro caso de amparo ambiental en el cual el Tribunal Constitucional considera que no se ha acreditado la amenaza de vulneración de los derechos a la integridad psíquica y física, de protección a la salud y goce de un medio ambiente equilibrado como consecuencia de las actividades de la empresa, pues el *informe técnico* emitido por la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), relativo a la afectación a la salud de la población, determina que la empresa demandada no está generando impactos negativos relevantes o significativos a la salud o el medio ambiente. Señaló así que:

"Posteriormente, y a solicitud de la Fiscalía Especial de Prevención del Delito del Callao y de la Sexta Fiscalía Provincial Penal del Callao, la misma Digesa realiza una inspección técnica ampliatoria a las empresas Praxair Perú S.A. y Vidrios Industriales S.A., llevada a cabo en los días 21 y 28 de agosto del 2000, respectivamente, emitiéndose el Informe N° 1424-2000-DEEMA, de 13 de diciembre del 2002, donde se concluye, respecto a la demandada, que '4.1.1 La presente inspección ampliatoria se realizó en las instalaciones de la empresa Praxair Perú S.A., verificándose emisiones continuas de vapores y humos blanquecinos en las áreas de producción de CO₂, principalmente por las dos torres de absorción (chimeneas), estos gases y vapores sales a más de 120° F y contiene O₂, N₂, NOx, CO y restos de CO₂, no absorbido en el proceso, así como vapor de agua ligeramente ácido (humos blancos), los que ocasionan malestar al entorno vecinal'. De otro lado, se indica que '4.1.2 Toman do como referencia los resultados de los monitoreos realizados por la Digesa anteriormente, se tiene concentraciones de dióxido de nitrógeno que superan los Lineamientos de la Organización Mundial de la Salud y que tiene como una de sus fuentes de emisión las torres de absorción de la empresa, por lo que es necesario realizar los estudios de la calidad del aire con relación a este componente, así como de sus emisiones'. Y, como resultado de ello, '4.1.3 De acuerdo a la inspección realizada y a las molestias percibidas en la zona (escozor en la nariz y la garganta), se recomienda a la empresa Praxair Perú S.A.: reducir y neutralizar las emisiones de vapores acidificados de las torres de enfriamiento del agua de los lavadores, antes de llegar a la torre; incrementar las purgas y mejorar la calidad de agua de aporte a las torres; otra alternativa es la de cambiar las actuales torres por sistemas cerrados más eficientes y en consecuencia acceder a un mejor control y manejo ambiental'. Como se desprende de los párrafos transcritos, a esa fecha (agosto del 2000) se ha establecido que los vapores y gases causan 'malestar en el entorno vecinal' y que en el caso del dióxido de nitrógeno 'se han detectado concentraciones que superan los Lineamientos de la Organización Mundial de la Salud'.

De estos informes, no se desprende una conclusión determinante respecto a que se estuviera produciendo una afectación a la salud de la población, advirtiéndose más bien del informe (última parte de la conclusión 4.1.2) que la Digesa no habría hecho (o por lo menos no

de manera suficiente) los estudios de calidad del aire y de las emisiones respecto del componente de dióxido de nitrógeno” (f. j. 8).

b) Proceso competencial

1. Caso Municipalidad Distrital de San Martín de Porres vs. Municipalidad Distrital de Independencia (STC Exp. N° 0003-2008-PCC/TC)

Es un caso de conflicto competencial en el cual el Tribunal Constitucional desestima la demanda, pues el *informe técnico* solicitado al Instituto Metropolitano de Planificación (IMP) de la Municipalidad Metropolitana de Lima determina la existencia de una situación de indeterminación y/o imprecisión territorial en los límites de los distritos de San Martín de Porres e Independencia; aspecto que también constituye un asunto eminentemente técnico vinculado a estudios cartográficos y de ingeniería, y pese a ello fue evaluado y merituado por el Tribunal Constitucional. En este caso se señaló que:

“(...) En el marco de sus atribuciones y competencias, el IMP, emitió el Informe N° 03-06-MML-IMP-DE-DGE-OTDT (con Resolución de fecha 13 de abril de 2009 el Tribunal Constitucional, atendiendo a la facultad conferida por el artículo 119 del Código Procesal Constitucional, dispuso oficiar a la Municipalidad Metropolitana de Lima a efectos [de] que le informe sobre la existencia actual de conflictos limítrofes entre los distritos de San Martín de Porres e Independencia; pedido que fue absuelto por la citada Municipalidad con Oficio N° 840-2009-MMML/SGC de fecha 30 de abril de 2009, al cual se adjuntó el Informe N° 03-06-MML-IMP-DE-DGE-OTDT, señalándose que dicho Informe por sí solo se explica), en el que aborda el caso demarcatorio entre los distritos de Comas, San Martín e Independencia” (f. j. 19).

“Por [lo] tanto, de acuerdo al informe emitido por el órgano competente en la materia (IMP) y a los argumentos expuestos en la demanda, este Tribunal Constitucional aprecia que de toda la zona territorial en conflicto cuya jurisdicción se atribuye la demandante, la zona industrial circundada por la Av. Túpac Amaru, Av. Naranjal y Carretera Panamericana Norte se encuentra dentro de la jurisdicción territorial de la Municipalidad Distrital de Independencia. A su vez, comprueba que las partes en conflicto interpretan cada una a

su manera la finalidad y alcances de la Ley N° 25017 siendo esta la causa de los conflictos territoriales subsistentes entre las citadas municipalidades. Por último, comprueba también que existe una carencia de límites entre los distritos de San Martín de Porres e Independencia en el tramo identificado como ‘segmento f’’ (f. j. 21).

c) Proceso de cumplimiento

1. Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros vs. Ministerio de Salud y Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) (STC Exp. N° 02002-2006-PC/TC)

Se trata de un caso en el cual el Tribunal Constitucional establece la necesidad de que se implemente una estrategia de salud pública de emergencia para la ciudad de La Oroya, pues el *informe técnico* emitido por la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), determina la existencia de exceso de contaminación en el aire de la ciudad de La Oroya y la contaminación por plomo en la sangre de los niños de esta ciudad; aspecto que también constituye un asunto eminentemente científico relacionado con la medicina y con la química, y aun así fue evaluado y meritado por el Tribunal Constitucional. En este caso se señaló que:

“Finalmente, a fojas 91 y 92 del cuaderno del Tribunal Constitucional obra el ‘Estudio sobre la contaminación ambiental en los hogares de La Oroya y Concepción y sus efectos en la salud de sus residentes’, elaborado en el mes de diciembre de 2005 por el consorcio conformado por la Universidad de San Luis, Missouri, Estados Unidos, y el Arzobispado de Huancayo, estudio en el que se llega, entre otras, a las siguientes conclusiones: los niveles de plomo en sangre encontrados en La Oroya son similares a los encontrados en monitoreos anteriores realizados por la Digesa y el Minsa (...). Desde el punto de vista de la salud comunitaria, estos niveles ilustran una vez más el grave estado de envenenamiento con plomo que existe en la población de La Oroya, especialmente en los grupos más vulnerables, como son los infantes y niños de corta edad.

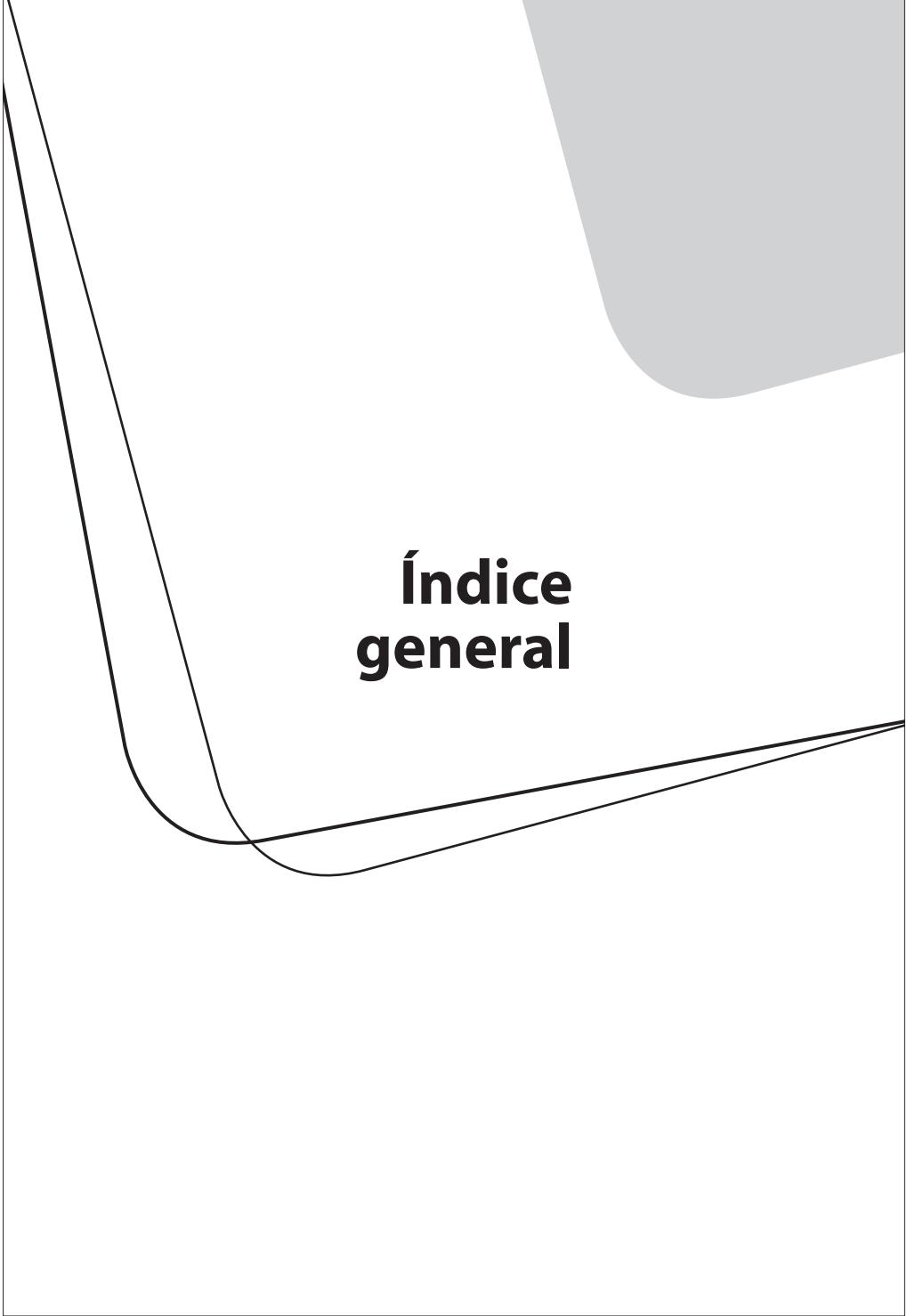
Como se aprecia en los citados estudios, desde el año 1999 la propia Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), así como diferentes instituciones acreditaron la existencia de exceso de contaminación en el aire de la ciudad de La Oroya, y que en el caso de contaminación por plomo en la sangre, especialmente en los niños, se sobrepasó

el límite máximo establecido por la Organización Mundial de la Salud (10 µg/100 ml), llegándose incluso a detectar, por ejemplo, en el Informe Digesa 1999, *2 casos de niños en los que se sobrepasaba los 70 µg/100ml, 62 niños que registraban entre 44.1 y 62 µg/100 ml, y 234 que registraban entre 20.1 y 44 µg/100 ml*, entre otros resultados, lo que exigía por parte del Ministerio de Salud, en su condición de ente rector del sector Salud (artículo 2 de la Ley N° 27657 del Ministerio de Salud), la adopción de inmediatas medidas de protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas que habitan en la ciudad, entre otras acciones” (ff. jj. 48 y 49).

CONCLUSIONES

La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, muchas de ellas reproducidas en este texto, dan cuenta de la nueva posición que estaría asumiendo el máximo órgano contralor de la constitucionalidad, la cual se ve reflejada en la opción judicial tuitiva por la actuación probatoria compleja, similar a la que ocurre en los procesos ordinarios, con fines de tutelar de manera oportuna los derechos fundamentales de la personas; evidenciándose con ello la existencia “material” de etapa probatoria en los procesos constitucionales y el apartamiento –sino inaplicación– de la regla procesal establecida en el Código Procesal Constitucional que veta tal posibilidad.

De cara a la protección urgente requerida por los derechos constitucionales, resulta indispensable que los jueces constitucionales, en la tarea interpretativa que realicen aplicando el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, adviertan a través de la desagregación de normas (interpretación literal), que dicho dispositivo contiene dos normas jurídicas que deben ser aplicables a supuestos de hecho distintos; de modo tal que cuando en un caso se pretenda crear o constituir un derecho a favor de una persona, se aplicará manu militare la regla procesal de que en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria; en cambio, cuando efectivamente se pretenda restablecer el ejercicio de un derecho constitucional amenazado o conculado, se aplicará a estos casos el segundo párrafo del artículo 9 del Código Procesal Constitucional y con ello deberá ordenarse llevar a cabo actuaciones probatorias simples o complejas con la finalidad de buscar la verdad judicial, que redundará en una protección efectiva de los derechos fundamentales de la persona.



Índice general

Índice general

Presentación	5
--------------------	---

CAPÍTULO I La prueba en el proceso de hábeas corpus

La prueba en el proceso constitucional de hábeas corpus. Una mirada a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional <i>Christian Donayre Montesinos</i>	9
I. La prueba en los procesos constitucionales de la libertad, con especial referencia al hábeas corpus	9
II. Una breve revisión jurisprudencial a la prueba en el hábeas corpus, a propósito de su tipología	15
a. El hábeas corpus preventivo y la necesidad de acreditar la amenaza a la libertad personal y su carácter cierto e inminente	15
b. El hábeas corpus restringido y la necesidad de acreditar las perturbaciones o molestias que dificultan irrazonablemente el ejercicio de la libertad	20
c. El hábeas corpus reparador y la necesidad de acreditar la privación arbitraria de la libertad personal	25
d. El hábeas corpus traslativo y la necesidad de acreditar la irregularidad o arbitrariedad sobrevenida de la privación de la libertad personal	29

e.	El hábeas corpus correctivo y la necesidad de acreditar la violación del derecho a la integridad personal	33
f.	El hábeas corpus innovativo y la necesidad de acreditar la existencia del acto lesivo o el daño al momento de la interposición de la demanda.....	38
g.	El hábeas corpus instructivo y la necesidad de acreditar la violación del derecho a no ser objeto de desaparición forzada	40
h.	El hábeas corpus conexo y la necesidad de acreditar la “conexidad” entre el derecho invocado y la libertad personal, con referencia a los casos de hábeas corpus contra resoluciones judiciales	42
III.	A modo de conclusión: el importante rol del juez constitucional en la conducción de los procesos constitucionales y la protección de los derechos fundamentales, a propósito de las restricciones a la <i>libertad probatoria</i> en el hábeas corpus	46

CAPÍTULO 2

La prueba en el proceso de amparo

Sobre la prueba en el proceso de amparo	
<i>Felipe Johan León Florián</i>	51
I. Delimitación metodológica	51
II. El paradigma de un modelo constitucional de decisiones justas .	54
III. La importancia de la fijación de los hechos en la decisión judicial	58
a. El modelo de conocimiento mágico en el proceso	59
b. El modelo racional-positivista de la Ilustración y posilustración	61
c. Síntesis	64
IV. Algunas cuestiones sobre la prueba en el amparo.....	66
a. Tutela de urgencia y ausencia de estación probatoria	72
b. El artículo 9 del Código Procesal Constitucional como causal de improcedencia del amparo	75
c. El poder probatorio del juez en el amparo y la protección de los derechos sociales	80
d. La carga de la prueba	85

Instituciones probatorias en el amparo Raffo Velásquez Meléndez	91
--	-----------

CAPÍTULO 3

La prueba en el proceso de cumplimiento

La “prueba” (acreditación de requisitos) en el proceso de cumplimiento Juan Manuel Sosa Sacio	165
Preliminares	165
I. Características del proceso de cumplimiento	167
II. La prueba en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.....	170
1. La prueba en los procesos constitucionales en tanto procesos urgentes y sin etapa probatoria	170
2. ¿Qué puede probarse en los procesos constitucionales?	175
III. La “prueba” en el proceso de cumplimiento	178
IV. Acreditación de la legitimación activa en el proceso de cumplimiento	181
1. Legitimación personal y legítimo interés	182
2. Legitimación pública	184
3. Legitimación para la defensa de bienes transindividuales....	184
4. Legitimación de la Defensoría del Pueblo	186
V. Características del <i>mandamus</i> exigible a través del proceso de cumplimiento	187
1. Características generales del mandato (para el cumplimiento de normas legales, la ejecución de actos administrativos y la emisión de resoluciones o reglamentos)	188
1.1. Mandato vigente.....	190
1.2. Mandato cierto y claro	191
1.3. Mandato libre de controversias complejas o interpretaciones dispares.....	193
1.4. Mandato de ineludible y obligatorio cumplimiento	195

1.5. Mandato incondicional, o con condición de que no sea compleja ni requiera actuación probatoria	198
2. Características adicionales del mandato para la ejecución de actos administrativos.....	199
2.1. Mandato que reconoce un derecho incuestionable del reclamante.....	199
2.2. Mandato con un beneficiario individualizado	200
VI. Renuencia de la autoridad o funcionario público y el “requisito especial de la demanda”	202
Consideraciones conclusivas	204

CAPÍTULO 4

Etapa probatoria en los procesos constitucionales

Más sobre la existencia “material” de una etapa probatoria en los procesos constitucionales. Una comprobación jurisprudencial	
<i>Berly Javier Fernando López Flores</i>	209
Introducción	209
I. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba: características y límites	211
II. La interpretación del artículo 9 del Código Procesal Constitucional	215
III. La profusa y compleja actividad probatoria desplegada por los jueces constitucionales: asuntos técnicos y científicos	221
a) Proceso de amparo	222
1. Caso HV S.A. Contratistas vs. Vocales integrantes de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete (STC Exp. N° 0917-2007-PA/TC)	222
2. Caso Simeón Quispe Flores vs. Juez a cargo del Quincuagésimo Octavo Juzgado Civil de Lima (RTC Exp. N° 2093-2009-PA/TC).....	224
3. Caso Empresa Hostal David vs. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y Segunda Sala Civil de Trujillo (STC Exp. N° 4488-2008-PA/TC)	225

ÍNDICE GENERAL

4.	Caso Máximo Medardo Mass López vs. Nextel del Perú S.A. (STC Exp. N° 04223-2006-PA/TC)	226
5.	Caso Elizabeth Ponce Pescoran y otros vs. Municipalidad Provincial del Callao y Empresa Depósitos Químicos Mineros S.A. (STC Exp. N° 01752-2004-AA/TC) ...	227
6.	Caso Julio César Huayllasco Montalva vs. Praxair Perú S.A. (STC Exp. N° 03510-2003-AA/TC)	228
b)	Proceso competencial	230
1.	Caso Municipalidad Distrital de San Martín de Porres vs. Municipalidad Distrital de Independencia (STC Exp. N° 0003-2008-PCC/TC)	230
c)	Proceso de cumplimiento	231
1.	Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y Otros vs. Ministerio de Salud y Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) (STC Exp. N° 02002-2006-PC/TC)	231
	Conclusiones	232
	Índice general	235

