

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARIA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



“El Amparo electoral en el Perú - 2007”

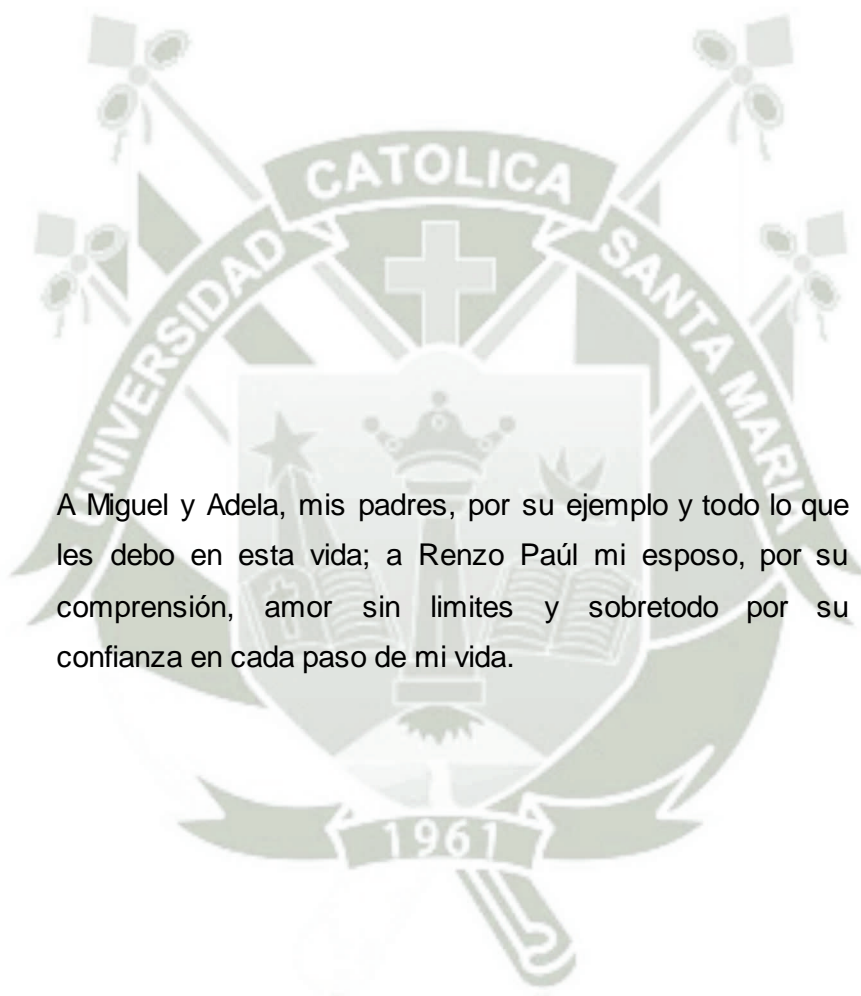
Tesis presentada por la Bachiller:
Katerine Salazar Calderón Samalvides
Para optar el Grado Académico de
Magíster en Derecho Constitucional

AREQUIPA – PERÚ
2008



*No hay peor tiranía que la que se ejerce a la sombra de las
leyes y bajo el calor de la Justicia.*

Montesquieu



A Miguel y Adela, mis padres, por su ejemplo y todo lo que les debo en esta vida; a Renzo Paúl mi esposo, por su comprensión, amor sin límites y sobretodo por su confianza en cada paso de mi vida.

INDICE GENERAL

“El Amparo electoral en el Perú - 2007”

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCION

CAPITULO UNICO DE RESULTADOS

TITULO I

APUNTES PARA UNA TEORIA DEL AMPARO

I. A MANERA DE INTRODUCCION	1
II. ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO	1
2.1. El “juicio de amparo” mexicano	1
2.2. El amparo en la experiencia argentina	3
2.3. El recurso de amparo español.....	6
2.3.1. El régimen de la Constitución de 1931	6
2.3.2. El régimen de la Constitución de 1978	7
2.4. La acción de tutela colombiana	9
III. ANTECEDENTES NACIONALES	11
3.1. El proceso de amparo en la Constitución de 1979.....	12
IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1993.....	13
4.1. Los cambios introducidos por la Constitución al proceso de amparo	13
4.1.1. El desarrollo legislativo del amparo a partir de la Carta de 1993.....	15
4.1.2. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.....	15
4.1.3. La Defensoría del Pueblo y el proceso de amparo	16
4.1.4. Amparo y derecho de rectificación	16
4.15. Competencia	17

4.1.6. Suspensión del procedimiento de ejecución coactiva.....	18
4.1.7. Improcedencia frente a decisiones arbitrales	19
4.1.8. La jurisprudencia	19
4.2. La necesidad de una reforma constitucional.....	19
4.3. El primer Código Procesal Constitucional peruano y la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.....	22
V. EL PROCESO DE AMPARO.....	23
5.1. Definición.....	23
5.2. Requisitos	23
5.3. Derechos que protege el amparo	24
5.4. Característica de Residualidad	25
5.5. Principios jurídicos en el Amparo	25
5.6. Procedencia	25
5.7. Agotamiento de la vía previas	26
5.8. Excepciones al agotamiento de las vías previas.....	27
5.9. Juez Competente y plazo de resolución en Corte	27
5.10. Trámite.....	27
5.11. Contenido de la Sentencia fundada.....	28
5.12. Apelación.....	29
5.13. Trámite de la apelación.....	29
5.14. Ejecución de Sentencia	29
5.15. Procedimiento para represión de actos homogéneos	30

TITULO II

EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA AUTONOMIA DE LOS FALLOS ELECTORALES EN EL PERU

I. A MANERA DE INTRODUCCION	31
II. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS FALLOS ELECTORALES	33
2.1. Sobre la Ley N° 28642	34

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PROCESO JUSTO	39
3.1.Los Derechos Fundamentales	39
3.1.1. Las Dimensiones de los Derechos Fundamentales	39
3.1.2. La diferencia con otras figuras afines.....	40
3.1.3. Aproximación definitoria.....	41
3.2. El Derecho y la Argumentación	42
3.2.1. La deficiente motivación y argumentación en los fallos electorales	43
3.2.2. Explicar y Justificar.....	43
3.3.El Proceso Justo	45
3.3.1. La dignidad del ser humano como valor supremo y fundamento del ordenamiento jurídico político.	45
3.3.2. Fundamentos de la naturaleza del derecho fundamental del proceso justo o debido proceso que justifican su reconocimiento	46
IV. EL PRECEDENTE VINCULANTE Y SU RELEVANCIA JURIDICA	47
4.1. Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	48
4.2. El Precedente Constitucional Vinculante y su posición en el sistema de fuentes ...	49
V. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL.....	52
5.1. Proceso de Susana Higuchi Fujimori	52
5.2. El caso Juan Genaro Espino Espino.....	54
5.3. El caso Pedro Aldrés Lizama Puelles.....	57
5.4. El caso Arturo Castillo Chirinos	59
5.5. De la Acción de Inconstitucionalidad del Colegio de Abogados del Callao.....	62
VI. REVISANDO BREVEMENTE LA LEGISLACION COMPARADA.....	66

TITULO III

LA NECESARIA REFORMA DEL SISTEMA ELECTORAL Y EL AMPARO ELECTORAL EN EL PERU

I. LA ADECUADA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL.....	69
---	----

II. LA NECESARIA REFORMA DE LA LEGISLACION ELECTORAL.....	72
2.1. De la reforma de los Jurados Electorales Especiales	73
2.2. De los Procesos Jurisdiccionales que resuelve el JNE	76
2.2.1. De la reestructuración Funcional del Pleno del JNE.....	78
2.2.2. De la conformación de Salas dentro del Pleno del JNE	79
2.2.3. De las modificaciones de orden Legal.....	
2.3. De la debida motivación de los fallos electorales en la restricción de los Derechos Fundamentales.....	81
III. EL PROCESO DE AMPARO EN MATERIA ELECTORAL	82
3.1. El Amparo Electoral en el Derecho Comparado	83
3.1.1. La experiencia mexicana	83
3.1.2. La experiencia argentina	84
3.1.3. La experiencia española	86
3.1.4. La experiencia colombiana	87
IV. EL AMPARO EN MATERIA ELECTORAL EN LA EXPERIENCIA PERUANA	89
4.1. El sistema electoral de la carta de 1993 y su desarrollo legal	90
4.2. ¿Procede el Amparo Electoral contra resoluciones del JNE?	91
4.3. La tesis permisiva acogida por el Código Procesal Constitucional	92
4.4. ¿Desarrollo del amparo electoral?.....	93
CONCLUSIONES.....	96
SUGERENCIAS.....	98
BIBLIOGRAFIA.....	100
ANEXOS.....	
Proyecto de Tesis	
Propuesta normativa	
Sustentación del Congresista Antero Flores Araoz.....	
Sentencia de la Corte Electoral de Costa Rica	
Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano	

RESUMEN

Parece innecesario advertir el interés que puede tener el estudio de los conflictos de competencia interinstitucionales, pero dado el caso de la presente investigación podemos estar hablando de la trasgresión de la autonomía que los organismos del Estado tienen frente a otros. Ello en relación al enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones, sobre la revisión de los fallos electorales por el primero de los mencionados, se han dado diversos pronunciamientos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual establece la necesaria revisión de las decisiones electorales siendo ello aplicado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias.

La polémica suscitada el año pasado con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso Castillo Chirinos, y en el presente año a razón de la muy cuestionada sentencia 007-2007-AI-TC, la misma que permite y faculta no solo al Tribunal Constitucional, sino también al Poder Judicial a revisar aquellos fallos en los cuales se violentan los Derechos Humanos vía proceso de amparo (bajo la modalidad del amparo electoral), siendo el motivo de la presente investigación centrarse en analizar lo ya resuelto por el TC, la procedencia del amparo electoral y su regulación en nuestra legislación, la misma que no debe tomarse en forma general al proceso contenido en el Código Procesal Constitucional, sino debe contener ciertas restricciones para evitar que este recurso sea mal utilizado y generalizado por candidatos o partidos políticos en pos de fines personales y políticos.

Es por ello que la presente investigación busca contribuir con ideas originales en el campo de la competencia funcional de los órganos del Estado, siendo ello el elemento esencial, para lo cual se hace necesaria una serie de reformas las cuales son planteadas en el último capítulo, las mismas que de darse no solo mejorarían los procesos electorales, sino que, llevarían a un efectivo y verdadero amparo electoral, por lo que buscamos dotar de “herramientas” conceptuales y prácticas a los legisladores, en su obra colectiva de “construcción” gradual de un sistema político y electoral más armónico, funcional y democrático, que eluda los peligros de las lagunas jurídicas desestabilizadoras de la transición política peruana; siempre en la búsqueda de una tan anhelada, pero a la vez tan compleja y huidiza, construcción de la “grandeza de nuestro sistema de gobierno”.

Arequipa, enero del 2008.

ABSTRACT

It seems to be unnecessary to warn the interest that can have the study of the interinstitutional conflicts of competition, but IF WE FOCUS ON THE ITEM OF THE PRESENTE Research we cOULD be speaking about the transgression of the autonomy between the organisations of the State, It is about the conflicts that exist between the Constitutional Court and the National Juror of Elections, in reference of the review of the electoral judgements of the National Juror of Elections, about this problematic there are differents opinions, the Inter-American Court of Human rights had established that is necessari review the electoral decisions.

The polemic that was provoked the last year with the judgment that was emitted by the Constitutional Court about the Castillo Chirinos case and in the present year about the too much questioned judgment 007-2007-AI-TC, wich allows not only to the Constitutional Court, also to the Judicial Power to checking those judgements where the Human rights can be violented, the motivations of the present investigarions is study the resolutions of the Constitucional Tribunal , the origin of the electoral protection and the regulation in our legislation, wich one that must not take it in general form to the process contained in the Porcesal Constitutional Code, but it have to contain some restrictions to prevent that this resource could be used and generalized by candidates or political parties in pursuit of personal and political purposes.

The present investigation have the objeotive to contribute with original ideas in the field of the functional competition of the organs of the State, being it the essential element, for this reason it necessary to make differents reforms which are explained in the last chapter, in this form not only the electoral processes can be improve , and this changes can get an effective and real electoral protection, for this reason we could try to provide of practical "tools" to the legislators, in his collective work of gradual "construction" of a armonic political and electoral, functional and democratic system, which eludes the dangers of the juridical destabilizing of the political Peruvian transition; always in the search of a so longed, but simultaneously as complex and fugitive, construction of the " greatness of our system of government ".

Arequipa, january of 2008.

INTRODUCCION

Escasas son las ocasiones en el Perú en las que nos encontramos frente a dos instituciones públicas de las que se puede decir que vienen haciendo bien su trabajo y que vienen forjando así una credibilidad que sería mezquino no reconocer, más allá que, en ocasiones, se discrepe de las decisiones que adoptan. Nos referimos al Tribunal Constitucional (TC) y al Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

Parece innecesario advertir el interés que puede tener el estudio de los conflictos de competencia interinstitucionales, pero dado el caso de la presente investigación podemos estar hablando de la trasgresión de la autonomía que los organismos del Estado tienen frente a otros.

El enfrentamiento que pueda darse entre los diversos organismos del Estado, no contribuye al desarrollo político e institucional del Estado, puesto que al tener estos autonomía administrativa, económica y política, establecida en la Constitución y en sus respectivas leyes orgánicas, por lo que dichos enfrentamientos no deberían darse, según nuestro marco legal existente, pero dicho ideario se ve transgredido cuando es uno de los organismos del Estado, quien en ejercicio de su potestad de supremo interprete de la Constitución (Tribunal Constitucional), revisa los fallos del Jurado Nacional de Elecciones, quien resuelve en última instancia los temas electorales, lo cual se encuentra contemplado en la Constitución.

La polémica suscitada el año pasado con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso Castillo Chirinos, y en el presente año a razón de la muy cuestionada sentencia 007-2007-AI-TC, la misma que permite y faculta no solo al Tribunal Constitucional, sino también al Poder Judicial a revisar aquellos fallos en los cuales se violentan los Derechos Humanos vía proceso de amparo (bajo la modalidad del amparo electoral), siendo este el argumento principal para transgredir la propia Constitución, punto en el cual nos encontramos en un conflicto de principios y normas, tema que viene siendo discutido en diversas posiciones al respecto, pero que la presente investigación no desarrollara en profundidad.

La presente investigación se centrara en analizar lo ya resuelto por el TC, la procedencia del amparo electoral y su regulación en nuestra legislación, la misma que no debe tomarse en forma general al proceso contenido en el Código Procesal Constitucional, sino debe

contener ciertas restricciones para evitar que este recurso sea mal utilizado y generalizado por candidatos o partidos políticos en pos de fines personales y políticos.

La importancia institucional que representa el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional, en el ordenamiento democrático y legal en nuestro país es indiscutible, pero lamentablemente, desde hace un buen tiempo venimos asistiendo a una fuerte disputa entre el TC y el JNE. La manzana de la discordia es la posibilidad de que las resoluciones del JNE puedan ser –o no- sometidas a control constitucional por parte del TC vía acciones de garantía. En base al texto expreso de los artículos 142º y 181º de la Constitución de 1993, el JNE sostiene que sus resoluciones no son revisables en caso excepcional de control constitucional. Por su parte, la jurisprudencia del TC ha interpretado en cambio que no puede haber ningún acto o medida de los poderes públicos que esté exento de eventual control constitucional, como consecuencia de la primacía de la Constitución; por tanto, consideran que los referidos artículos 142º y 181º deben ser interpretados en concordancia con otras disposiciones constitucionales.

La posición del TC quedó respaldada finalmente con la sentencia del proceso de inconstitucionalidad en contra de la Ley Nº 28642 la misma que modifica el artículo 5.8º del Código Procesal Constitucional, en torno a la procedencia de recurso que revisen los fallos electorales, siendo que deja la puerta abierta para la procedencia del amparo electoral en nuestra legislación nacional; a pesar de ello, el TC ha decidido mantener su jurisprudencia de primacía de la Constitución, no sólo en relación al JNE sino respecto a todos los poderes públicos. Ya con el fallo de la sentencia 007-2007-AI-TC, bajo la precedencia de diversas sentencias que anteceden la misma, el Tribunal Constitucional determina la procedencia de un recurso “rápido, veloz y efectivo” llámese “amparo”, para poder revisar los fallos electorales emitidos por el JNE en última instancia.

Al analizar la sentencia que emite el TC, podremos apreciar que si bien determina la viabilidad del amparo electoral, proceso constitucional desarrollada en España por excelencia, no se ha delimitado los alcances y la restricciones de la misma, debiendo esta institución tener un régimen especial, que pueda darle un proceso especial dentro del mismo proceso de amparo, para así poder evitar que esta institución constitucional como es el “Proceso de Amparo” sea desnaturalizado, como se ha venido dando en nuestra legislación, lo cual deviene de un inadecuado proceso electoral. Es por ello, que se arribe al consenso de considerar, por un lado, que las resoluciones del JNE durante los procesos electorales no son objeto de cuestionamiento vía procesos constitucionales pero que, una vez culminados los mismos, existe la posibilidad excepcional de control constitucional de las decisiones del

JNE por parte del Poder Judicial inicialmente y posteriormente por el TC, vía demanda de amparo. Es verdad que este control constitucional, tratándose de un órgano de tanta importancia para el sistema democrático como el JNE, debería ser objeto de reforma constitucional para que sea el TC, en instancia única –similar a cómo se tramitan hoy en día los procesos de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley-, el que ejerza en forma exclusiva dicho control.

Es por ello que la presente investigación busca contribuir con ideas originales en el campo de la competencia funcional de los órganos del Estado, siendo ello el elemento esencial, para lo cual se hace necesaria una serie de reformas las cuales son planteadas en el último capítulo, las mismas que de darse no solo mejorarían los procesos electorales, sino que, llevarían a un efectivo y verdadero amparo electoral, por lo que buscamos dotar de “herramientas” conceptuales y prácticas a los legisladores, en su obra colectiva de “construcción” gradual de un sistema político y electoral más armónico, funcional y democrático, que eluda los peligros de las lagunas jurídicas desestabilizadoras de la transición política peruana; siempre en la búsqueda de una tan anhelada, pero a la vez tan compleja y huidiza, construcción de la “grandeza de nuestro sistema de gobierno”.

Arequipa diciembre del 2007



La autora

CAPITULO I

APUNTES PARA UNA TEORIA DEL AMPARO

I. A MANERA DE INTRODUCCION

El proceso de amparo, introducido por la Constitución de 1979, como la mayoría de nuestras instituciones jurídicas, se ha inspirado en modelos precedentes de otros países. Estas influencias, unidas a la experiencia nacional, han permitido ir diseñando un modelo de amparo que cuenta con algunas peculiaridades que lo distinguen de sus antecedentes, pero que reflejan su esencia de instrumento procesal de defensa de derechos fundamentales distinto a la libertad individual. De esta manera, el amparo peruano no es una copia idéntica de otros modelos. En él se unen diversas influencias que han hecho del peruano una modalidad particular.

Los modelos que le han servido de fuente de inspiración han sido de manera especial la “acción de amparo” argentina, en menor medida el “juicio de amparo” mexicano y de modo indirecto el “recurso de amparo” español. Últimamente ha venido cobrando especial realce, particularmente por sus valiosos aportes jurisprudenciales, la “acción de tutela” colombiana. Precisamente, en el desarrollo del presente capítulo haremos alguna mención a estas experiencias, así como el desarrollo legislativo del amparo en nuestro país.

II. ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. El “juicio de amparo” mexicano

Los autores mexicanos han estudiado esforzadamente el origen y antecedentes del juicio de amparo. Algunos, como Rodolfo Batiza, han ubicado antecedentes remotos en instituciones romanas como la “intercessio tribunicia”¹.

Otros, basándose en las investigaciones efectuadas por Andrés Lira González, encuentran antecedentes nacionales en una institución protectora de las personas que existió en la Nueva España, en lo que actualmente es México, y a la cual han calificado como “amparo colonial”². Sin embargo, ha sido decisiva la influencia de elementos externos – anglosajones, españoles y franceses-, para el surgimiento del amparo mexicano.

¹ Cit. por **CASTRO, Juventino**, Lecciones de garantías y amparo, 3ra. ed., México, Porrúa, 1981, p. 278.

² **SANCHEZ, José**, El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano, Reseña del libro de Lira González, en Revista Jurídica – Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, México, Nº 06, 1974, p. 778.

El derecho norteamericano tuvo un influjo notable, alcanzando gran difusión especialmente a través del libro de Alexis de Tocqueville “La democracia en América”. De esta manera, los writs de habeas corpus, prohibition, error, certiorari, injunction y mandamus, así como la judicial review fueron antecedentes de particular ascendencia. Fue tal la influencia del derecho norteamericano que Fix Zamudio ha sostenido que:

“Los creadores del juicio de amparo pretendieron implantar, a través de esta institución con modalidades propias, la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad, incluyendo de las disposiciones legislativas, tal como funcionaba en los Estados Unidos, y de acuerdo con su descripción en la clásica obra de Alexis de Tocqueville”³.

A la influencia española se debe el nombre mismo del amparo “castizo, evocador y legendario”⁴, el centralismo jurídico que llevo a concentrar en el Poder Judicial Federal todos los asuntos judiciales de la República, y los motivos para promover el amparo contra sentencias, propios de la casación española. Sin olvidar el importante antecedente que constituyen los procesos forales aragoneses, pues según el procesalista español Víctor:

La primera Ley de Amparo data de 1861; no obstante, la primera sentencia de amparo fue dictada con anterioridad, el 13 de agosto de 1849 (caso "Manuel Verástegui"), sin que existiera norma alguna que lo regule⁵. En la actualidad el amparo se encuentra regulado por los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1917, y por la ley reglamentaria de enero de 1936, ambas en actual vigencia pero con varias reformas⁶.

Muchas definiciones se han propuesto sobre este mecanismo protector. Nos parece bastante descriptiva aquella esgrimida por Juventino Castro, para quien:

"El amparo es un proceso concentrado de anulación de naturaleza constitucional, promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad, y que tiene por finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra la expedición o aplicación de leyes violatorias de las garantías expresamente reconocidas en la Constitución; contra los actos conculcatorios de dichas garantías; contra la inexacta y definitiva aplicación de la ley al caso concreto; o contra las invasiones recíprocas de las soberanías ya federal ya estatales, que agraven directamente a los quejosos, produciendo la sentencia que conceda la protección el efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada si el acto es de carácter positivo, o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada cumpliendo con lo que ella exige si es de carácter negativo”⁷.

En efecto, algunos como Juventino Castro, distinguen cuatro tipos distintos de amparo, el amparo contra leyes (aquel interpuesto contra normas auto-aplicativas), el amparo casación

³ **CASTRO, Juventino**, Ob. Cit. p. 289.

⁴ Ídem.

⁵ **BRICEÑO SIERRA, Humberto**, Apuntes para una teoría del amparo, Revista Jurídica, México, Nº 7.1975, p. 231.

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

(a través del cual se impugnan resoluciones judiciales), el amparo de garantías (encargado de proteger los derechos fundamentales), y el amparo soberanía (para el caso invasiones recíprocas de las soberanías federales y estatales). En cambio, Héctor Fix Zamudio, diferencia el amparo como instrumento protector de los derechos fundamentales (comprensivo del hábeas corpus), al amparo contra leyes, el amparo judicial o amparo casación, el amparo contra actos administrativos y un sector al que denomina amparo social agrario⁸. No obstante las críticas formuladas por Ignacio Burgoa al considerar que tales clasificaciones rompen la unidad propia de este proceso constitucional, creemos que cuentan con un indudable valor didáctico que permiten entender la amplitud protectora del remedio mexicano.

2.2. El amparo en la experiencia argentina

El amparo en la República Federal Argentina se desarrolló en dos ámbitos diferentes; primero en la esfera provincial con la Constitución de Santa Fe de 1921 (artículo 17), y posteriormente a nivel federal cuyo origen fue jurisprudencial⁹. Y es que la Constitución Nacional argentina (1853) no contemplaba en forma expresa al amparo como mecanismo protector de derechos fundamentales. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en los "leading cases" Ángel Siri (1957) y Samuel Kot (1958), precisó en base a una interpretación creativa que el proceso de amparo se encontraba contenido implícitamente en la Constitución, pese a la ausencia de una ley que lo desarrolle.

Los hechos que motivaron esta histórica sentencia se suscitaron en enero de 1956 cuando el diario "Mercedes", cuyo director propietario era el señor Ángel Siri, fue clausurado. Ante esta situación, el señor Siri decidió acudir a los tribunales para tutelar sus derechos a la libertad de expresión y al trabajo. Los fallos de las instancias inferiores no acogieron favorablemente su pretensión; en cambio, la Corte Suprema acogió la demanda admitiendo la posibilidad de acudir a los tribunales á través de un instrumento procesal -el amparo- que no se encontraba regulado expresamente por la Constitución ni la ley en la medida que se estaban vulnerando derechos fundamentales. La Corte, en su sentencia de 27 de diciembre de 1957, consideró que:

"Basta esta comprobación inmediata, para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que

⁸ **FIX ZAMUDIO Héctor**, El derecho de amparo en México y en España, su influencia recíproca, Revista de Estudios Políticos Madrid: CEC, Nº 7, 1979, pp. 237-239.

⁹ Para el desarrollo de la experiencia argentina nos hemos basado fundamentalmente en LAZZARINI José Luis. "El juicio de amparo", Buenos Aires: La Ley, 1967; BIDARTCAMPOS Germán, "Régimen legal y jurisprudencial del amparo", Buenos Aires: Ediar, 1969; BIELSA Rafael, "El recurso de amparo", Buenos Aires: Depalma, 1965, SAGÚÉS Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional, acción de amparo", 3 ed., Buenos Aires: Astrea, 1991.

la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias"¹⁰.

A partir de estas decisiones judiciales, puede constatarse que el amparo en el ámbito federal tuvo su origen en una interpretación pretoriana que permitió la protección de los derechos vulnerados a través de un proceso urgente no consignado expresamente por la Constitución ni la ley. Fue recién en octubre de 1966 cuando se reguló este proceso mediante la Ley 16986, luego de varios años de funcionamiento jurisprudencial. En realidad, dicha norma fue un Decreto Ley pues fue dictada por el gobierno militar que había asumido el poder en junio de 1966.

La denominada Ley 16,986, del 18 de octubre de 1966, dispuso en su primer artículo que la acción de amparo procede "contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus".

La referida ley fue criticada pues evidenciaba la intención del legislador de limitar el empleo del amparo "a los actos de autoridad pública"¹¹ y no permitido frente a las agresiones provenientes de particulares, desconociendo los antecedentes jurisprudenciales existentes.

Pese a ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia insistieron en la vigencia del amparo contra tales agresiones, hasta que al año siguiente (1967) se promulgó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17454), que zanjó definitivamente tal discusión al regular en sus artículos 321 y 498 un proceso sumarísimo en materia de amparo contra actos de particulares.

En líneas generales, podemos afirmar que el amparo argentino constituye un proceso constitucional urgente que procede frente a lesiones, amenazas u omisiones manifiestamente arbitrarias a los derechos fundamentales no tutelados por el hábeas corpus, cometidas por los poderes públicos -salvo cuando se trata de resoluciones judiciales- así como por particulares. Opera de modo excepcional, es decir solo puede acudir a él cuando no existe remedio administrativo o judicial idóneo para salvaguardar la lesión alegada y cuenta con la posibilidad de obtener el dictado de una medida cautelar.

¹⁰ Cuando la Corte Suprema utiliza la expresión "garantías individuales" se está refiriendo a lo que hoy entendemos por derechos fundamentales.

¹¹ **SALGADO, Alí Joaquín y Alejandro César VERDAGUER**, Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, 2da ed., Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 54.

Asimismo, debemos destacar que algunos autores como Néstor Sagúes¹², distinguen hasta siete tipos de amparo en la experiencia argentina:

- a) La acción de amparo general regulada por la Ley 16986 de aplicación a nivel federal y que cuenta con normatividad específica (Constituciones y leyes provinciales) en el ámbito provincial,
- b) La acción de amparo contra actos de particulares, prevista por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17454) y por diversas normas provinciales,
- c) El amparo por mora de la Administración, contemplado en la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley 19549 modifica. da por la Ley 21686),
- d) El amparo por demora de la Dirección General Impositiva o de la Administración Nacional de Aduanas, a que se refieren las Leyes 11683 y 22415 (Código Aduanero),
- d) El amparo electoral incluido en el Código Electoral Nacional,
- e) El amparo laboral destinado a la defensa de los derechos constitucionales de naturaleza laboral, contemplado por algunas constituciones provinciales como por ejemplo la Constitución del Chaco y la de Santa Cruz, y
- f) El amparo informativo, destinado a obtener información o a ejercer el derecho de réplica.

Finalmente, la reforma de 1994, elevó a rango constitucional al proceso de amparo en su artículo 43 al señalar que:

"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"

De esta manera, desde 1994 el proceso de amparo cuenta con status constitucional Ley 16,986, al no haber sido derogada en forma expresa, sigue en vigencia en la medida que sus artículos no contradigan por la Constitución. Así por ejemplo, la doctrina considera que ha quedado derogado "el inciso d) del artículo 2 (...) que veda la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos tu ordenanzas en el amparo"¹³, pues contradice lo dispuesto por la Constitución. Otros autores, consideran que también ha quedado derogado

¹² SAGUES Néstor, Ob. Cit. pp., 60-62.

¹³ SALGADO Alí Joaquín y Alejandro César VERDAGUER, Ob. Cit. p. 56.

el plazo de 15 días hábiles para interponer la demanda de amparo a que se refiere el inciso e) del artículo 2 de la Ley, aunque ello sea objeto de debate en la doctrina y la jurisprudencia¹⁴.

2.3. El recurso de amparo español

Antes de la vigencia de la Constitución de 1931 los actos de poder violatorios de derechos fundamentales permanecían impunes en España, pues carecían de un instrumento procesal que los proteja¹⁵. En efecto, fue durante la II República cuando se introduce el llamado "recurso de amparo", cuyos antecedentes se remontan a los procesos forales aragoneses, a la Constitución mexicana de 1917 y a la Constitución austriaca de 1920.

Con el advenimiento de la guerra civil y durante el régimen franquista, el amparo quedó reducido a un recurso administrativo de carácter interno dentro de la organización sindical. El llamado "recurso de contrafuero", era en realidad un simulacro de protección de los derechos fundamentales¹⁶. Posteriormente, la Constitución de 1978 lo acoge recogiendo la experiencia precedente, aunque con marcadas diferencias como la exclusión del hábeas corpus de su ámbito de tutela, y tomando como modelo inspirador a la "verfassungsbeschwerde" alemana¹⁷. De esta manera, solo se puede hablar del amparo en dos momentos históricos, durante la Constitución de 1931 y en la actualidad con la Constitución de 1978.

2.3.1. El régimen de la Constitución de 1931

El amparo, que se planteaba ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, tenía por objeto la protección de los derechos fundamentales enumerados por el artículo 44 de la ley que lo regulaba. Es decir, la defensa de la libertad de conciencia y culto, las garantías penal y procesal, la libertad personal y seguridad frente a detenciones ilegales, la prohibición de extradición por delitos políticos, la libertad de desplazamiento, la residencia e inviolabilidad de domicilio, la libertad de profesión, industria y comercio, la libertad de expresión, la libertad de reunión y manifestación, la libertad de asociación y sindicación, la no confiscación de bienes y la inviolabilidad de la correspondencia.

¹⁴ **CASCO Javier César**, Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la Ley de amparo nacional, Revista Jurídica la Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-B, p. 1400 Y ss.

¹⁵ Para el desarrollo de la experiencia española nos hemos basado fundamentalmente en GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, 1982, FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, Madrid, Dykinson, 1984, CASCAJO CASTRO José y Vicente GIMENO SENDRA, El recurso de amparo, Madrid, Tecnos, 1985; GARCIA RUIZ Luís, El recurso de amparo en el derecho español, Madrid, Ed. Nacional, 1980; y GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, Derecho Procesal Constitucional, Madrid, Civitas, 1980.

¹⁶ **GIMENO SENDRA Vicente y CASCAJO, José Luís**, ob. cit., p. 82.

¹⁷ **ARAGÓN REYES Manuel**, Consideraciones sobre el recurso de amparo, Anuario de Derecho Publico y Estudios Políticos, Granada, 1988, Nº 1, p. 25.

Procedía contra todo acto concreto de autoridad, y podía interponerlo no solo el agraviado sino también cualquier persona en ejercicio de una verdadera acción popular. En este último caso debía otorgarse la caución que la Sala acordara, salvo que se tratara de detenciones ilegales. Para evitar posibles abusos en la interposición del amparo por parte de los litigantes, se regulaba la posibilidad que el Tribunal impusiera al recurrente cuya demanda constituía un notorio abuso de derecho, una multa hasta el máximo de 10,000 pesetas. Si reincidía en ello, cabía imponer la pena de arresto. Además, si tales extralimitaciones o prácticas cometidas por letrados, podía ordenarse su suspensión en el ejercicio profesional ante el Tribunal de Garantías por un periodo no menor de dos años. Asimismo, se establecía que el Tribunal en cualquier momento del procedimiento podía ordenar la suspensión de la medida impugnada¹⁸.

Este proceso, surgido durante la II República española, contó con una corta vigencia, pues - como lo ha señalado García Ruiz-, tuvo una vida de poco más de dos años.

2.3.2. El régimen de la Constitución de 1978

Luego de la caída del régimen franquista y en el marco de la transición democrática, el proceso constituyente español trató de afirmar un sistema que garantice un auténtico respeto por los derechos fundamentales. Se incorporó así al "recurso de amparo", pese a que algunos durante el debate constitucional consideraron que la tutela de los derechos fundamentales debía encomendarse al Poder Judicial¹⁹. Así, la Constitución del 27 de diciembre de 1978 introdujo al amparo, que ha sido regulado por la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre de 1979, del Tribunal Constitucional (LOTC).

El amparo protege los derechos fundamentales establecidos en el artículo 53.2 de la Constitución que sean vulnerados por los poderes públicos. Es decir, el principio de igualdad (artículo 14), el derecho a la objeción de conciencia (artículo 30), y todos los demás recogidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución, relativa a los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 15 al 29).

De acuerdo al artículo 53.2 de la Constitución existe una "dualidad de vías" para proteger los derechos fundamentales. Dicha norma señala que cualquier persona podrá recabar la tutela de sus derechos "ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los

¹⁸ **GARCÍA RUIZ Luís**, "El recurso de amparo durante la II República española", Revista de Estudios Políticos, Madrid: CEC, Nº 7, 1979, p. 292.

¹⁹ **MARTINEZ ALARCÓN Ma. Luz**, Nota sobre la dualidad de vía (alternatividad) para la protección de los derechos fundamentales en el contencioso-administrativo, Revista de Estudios Políticos, Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 107, 2000, p. 216.

principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional". De esta manera, coexisten de un lado, el "amparo judicial" que se tramita ante el Poder Judicial y, de otro, el "amparo constitucional" que se interpone ante el Tribunal Constitucional. El "amparo judicial u ordinario" inicialmente fue regulado por la Ley 62/1978, del 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Actualmente ha sido desarrollado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, (artículos 114 y siguientes)²⁰.

Los actos susceptibles de ser recurridos a través del amparo constitucional se encuentran especificados en el artículo 41.2. de la LOTC. Se trata de: a) aquellos emanados de los órganos legislativos siempre que sean decisiones o actos sin valor de ley (actos del Parlamento a que se refiere el artículo 42 LOTC); b) las disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas, sus autoridades, funcionarios o agentes (actos del Gobierno, la Administración y otras entidades públicas a que alude el artículo 43 de la LOTC); y c) los actos u omisiones de un órgano judicial (artículo 44 LOTC). Por ello, algunos autores consideran que existen tres recursos de amparo, " pues la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no ha consagrado un solo recurso de amparo, sino una pluralidad de ellos, con requisitos y efectos específico"²¹.

No es posible acudir directamente contra los actos violatorios cometidos por particulares. Sin embargo, el Tribunal Constitucional admite la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares- lo que es el derecho alemán conoce como la "drittwirkung"-, en forma indirecta a través del empleo del amparo contra actos judiciales.

El recurso de amparo se interpone cuando el acto se encuentra firme, es decir luego de haberse agotada la vía judicial, o -tratándose de los actos del Parlamento sin valor de ley cuando se hayan agotado los trámites internos que pudieran existir. Cuenta además con la posibilidad de obtener una medida cautelar, denominada incidente de suspensión.

La sentencia podrá denegar u otorgar el amparo solicitado. En este último caso, dispondrá la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución, determinando la extensión de sus efectos; reconocerá el derecho conforme a su contenido constitucionalmente declarado; y reestablecerá al afectado en la integridad de su derecho o libertad adoptando las medidas

²⁰ Esta fue la opinión del Senador constituyente Lorenzo Martín-Retortillo. Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES Germán, El recurso de amparo según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 10.

²¹ OLIVER ARAUJO Joan, El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales, Revista de Estudios Políticos, Madrid: CEPC, Nº 120, abril-junio, 2003, p.79.

necesarias para su conservación. Actualmente, uno de los problemas más severos que presenta el amparo es el retraso debido a la elevada cantidad de procesos llegados al Tribunal. Por ello, se vienen formulando y debatiendo diversas propuestas de reforma que tratan de evitar que esta situación siga presentándose.

2.4. La acción de tutela colombiana

La vigencia de la Constitución de 1991 -que ha sido calificada como "exuberante"- por las importantes instituciones que ella ha introducido en el ordenamiento jurídico colombiano, han motivado el interés por conocer su funcionamiento y la forma en que vienen contribuyendo a la consolidación de la democracia en tan convulsionado país.

Precisamente, dos instituciones que han fortalecido el diseño adoptado por la Carta de 1991 han sido la Corte Constitucional y la acción de tutela que, en esencia, es el amparo. Este proceso constitucional carecía de antecedentes nacionales y su inclusión en el texto constitucional fue producto de la concepción garantista que ha inspirado a la Carta de 1991. Incluso se ha llegado a decir que "llegó con retardo"²².

La acción de tutela ha sido regulada por el artículo 86 de la Constitución, y desarrollada por el Decreto 2591 de noviembre de 1991, así como por una creativa y abundante jurisprudencia emanada fundamentalmente de la Corte Constitucional. De acuerdo a la citada norma:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita tutela, actúe o se abstenga de hacerla. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión"²³.

²² La propuesta del gobierno fue denominar a este proceso como amparo, sin embargo en la Asamblea Constituyente se le cambió el nombre por el de "tutela" con la finalidad de "presentar una figura específica para el modelo colombiano" Cfr. CAMARGO Pedro Pablo, "Manual de la acción de tutela", 2 ed.. Santa Fe de Bogota: Editorial Leyer, 1996, p. 91.

²³ **DUEÑAS RUIZ Oscar José**, Procedimiento en la tutela y control constitucional, Santa FE de Bogota: Ediciones Librería del Profesional, 1996, p. 8.

Una de las características que identifica a la acción de tutela es el carácter “preferente y sumario” de su procedimiento. Se utiliza así una expresión similar a la empleada por la Constitución española. Para que ello se cumpla se han incorporado al procedimiento los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

Así por ejemplo, el demandante puede interponer la acción de tutela sin necesidad de abogado que patrocine. Además, la demanda no requiere de formalidad alguna pudiendo incluso ser verbal cuando el afectado no sepa escribir, sea menor de edad o en caso de urgencia. Asimismo, se contempla medidas cautelares para tutelar rápidamente el derecho vulnerado. Incluso, con la finalidad que las sentencias se cumplan sin demora, la ley permite que puedan imponerse medidas disciplinarias y penales.

Las acciones de tutela pueden interponerse ante cualquier juez o tribunal resolviendo en apelación el superior jerárquico de la autoridad que conoció el caso en primera instancia. Estas últimas decisiones se remiten a la Corte Constitucional para su eventual revisión cuya selección es discrecional²⁴. Cabe indicar que la Corte Constitucional – en funciones desde marzo de 1992- ha contribuido decididamente a la defensa de los derechos de las personas a través de su jurisprudencia²⁵.

Precisamente, en el amparo peruano se unen diversas influencias siendo la más importante la argentina -aunque con diferencias, pues en dicho país no procede el amparo contra normas autoaplicativas ni contra resoluciones judiciales-; y en segundo lugar la mexicana -de donde procede el mismo nombre de la institución- e indirectamente la española, que cuenta con un Tribunal Constitucional y una valiosa jurisprudencia. La Experiencia colombiana, si bien no ha sido un antecedente nos permite comparar la eficacia de un proceso en un país donde subsiste la violencia con una realidad como la peruana.

En definitiva, conocer el desarrollo del proceso de amparo en tales países nos puede servir no solo para comprender al nuestro, sino fundamentalmente para compararlo y aprovechar las experiencias que puedan aportar para garantizar una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos humanos.

²⁴ Algunos autores han cuestionado el sistema de revisión discrecional de las sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional y proponen, más bien, el diseño de un auténtico recurso que permita acudir a la Corte a los ciudadanos cuando se sientan descontentos con la decisión adoptada por los tribunales. Así por ejemplo, lo sostiene **OSUNA PATIÑO Néstor Iván**, Tutela y Amparo: derechos protegidos, Universidad Externado de Colombia: Santa Fe de Bogotá, 1998, pp. 61-62.

²⁵ **CEPEDA ESPINOSA José Manuel**, Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional, Bogotá: Legis, 2001, Una visión crítica sobre la actuación de la Corte la formula Sandra MORELLI RICO; La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?, Temas de Derecho Público Nº 45, La Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1997.

Podemos agregar a este estudio que después de México la República de El Salvador lo introdujo en su Constitución el 13 de agosto de 1886; posteriormente le siguieron Honduras en su Carta Fundamental de 1894; Nicaragua en la Ley de Amparo del mismo año de 1894; Guatemala en la Reforma Constitucional del 11 de marzo de 1921; Argentina, el 13 de agosto de 1821; Panamá lo introdujo en su Constitución del 2 de enero de 1941; Costa Rica en su Carta Suprema del 7 de noviembre de 1949; Venezuela en su Ley fundamental de 1961; Bolivia, Ecuador y Paraguay en sus constituciones promulgadas en 1967.

III. ANTECEDENTES NACIONALES

A fin de determinar los antecedentes nacionales del amparo es preciso remontarnos a fines del siglo XIX. En efecto, como se ha mencionado el primer proceso constitucional introducido en el Perú fue el hábeas corpus (1897). Durante su trayectoria dicho proceso amplió sus alcances para tutelar derechos distintos a la libertad física, pudiendo distinguirse -siguiendo a Domingo García Belaúnde²⁶ -, tres etapas en su evolución legislativa:

- a) De 1897 a 1933. En este periodo el hábeas corpus se circunscribió a ser un mecanismo de defensa de la libertad personal (leyes de octubre de 1897 y de septiembre de 1916, Constitución de 1920 y Código de Procedimientos en materia Criminal del mismo año). Sin embargo, en febrero de 1916, se promulgó la Ley 2223 que permitió la protección de derechos constitucionales distintos a la libertad personal, pero que en la práctica no llegó a tener mayor desarrollo.
- b) De 1933 a 1979. Con la Constitución de 1933 el hábeas corpus amplió su ámbito de protección a todos los derechos individuales y sociales. Este proceso fue regulado por el Código de Procedimientos Penales de 1940 y por el Decreto Ley 17083 de octubre de 1968. De esta manera, se establecieron dos vías distintas para su tramitación, la penal para la defensa de la libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito; y la civil para los demás derechos fundamentales.
- c) A partir de la Constitución de 1979, se aprecian dos procesos constitucionales distintos: el hábeas corpus para la tutela de la libertad individual y el amparo para la protección de los demás derechos fundamentales. La Carta de 1993 mantiene esta distinción, aunque incorpora al hábeas data ya la acción de cumplimiento.

²⁶ **GARCIA BELAUDE Domingo**, El habeas corpus en la nueva Constitución, Revista Jurídica del Perú, Lima, 1980, pp.228-229.

En síntesis, la "acción de amparo" nace con tal denominación en la Constitución de 1979. No obstante, podemos encontrar antecedentes nacionales en la Ley 2223 (1916) pues permitía la tutela de derechos distintos a la libertad individual; en el hábeas corpus de la Constitución de 1933, similar por su amplitud al juicio de amparo mexicano; y en el Decreto Ley 17083 que fijó un trámite especial en la vía civil para el hábeas corpus que también protegía los demás derechos individuales y sociales.

3.1. El proceso de amparo en la Constitución de 1979

Si bien desde el inicio del debate los miembros de la Asamblea Constituyente demostraron su interés por incorporar al amparo como proceso autónomo distinto al hábeas corpus, se encontraron con serias discrepancias al momento de determinar sus alcances -por ejemplo admitirlo contra resoluciones judiciales-, así como respecto a los órganos encargados de su tramitación -es decir, determinar si el Tribunal de Garantías Constitucionales, debía conocerlo en instancia única o en casación-. Ante tales cuestionamientos se esgrimieron distintas opiniones, llegándose en vía de transacción a plasmarse las normas definitivas de acuerdo al texto siguiente:

"Artículo 295. La acción u omisión por parte de cualquier prioridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de hábeas corpus.

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

La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de hábeas corpus en lo que le es aplicable.(...)"

"Artículo 298. El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la República es competente para:

2. Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía Judicial".

Asimismo, fue desestimada la propuesta destinada a fijar sus normas procesales fundamentales, pues se entendió que para ello bastaba efectuar una remisión al proceso de hábeas corpus en lo que sea aplicable. Luego de más de dos años de la vigencia de la Carta de 1979-en diciembre de 1982- se expidió la Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En rigor no era necesario contar con una nueva Constitución, bastaba con efectuar algunas reformas puntuales al texto de 1979, especialmente en lo que se refiere a la estructura del Estado. "La elaboración de una nueva Constitución solo se justifica cuando los cambios políticos y sociales producidos en un país, conllevan la adopción de nuevos principios jurídicos y políticos que no son compatibles con los contenidos en la norma constitucional existente"²⁷. No obstante, por razones políticas se optó por elaborar una nueva Carta, la décimo segunda de nuestra agitada vida republicana. En efecto, su elaboración se inscribió dentro de un proyecto abruptamente explicitado el 5 de abril de 1992, y constituyó un instrumento destinado a legitimar la ruptura constitucional, plasmando determinadas reglas no admitidas por la Constitución de 1979. A tal conclusión puede llegarse a través del examen y evaluación de las instituciones que han sido plasmadas por ella.

La intención de contar con una Carta en el más breve plazo condujo, entre otros aspectos, a que la metodología empleada resulte accesoria y solo persiguiera producir aceleradamente el instrumento político que se deseaba. Asimismo, el trabajo constituyente se llevó a cabo al margen de la población. En efecto, en términos generales la ciudadanía estaba desinformada de los alcances y efectos de las normas aprobadas. Ello determinó la carencia de un verdadero "clima constituyente", y la limitada posibilidad de formar opinión respecto al ejercicio del referéndum que condujo a la aprobación por una escasa mayoría del texto constitucional. Esta expresiva frase utilizada por Pablo Lucas Verdú²⁸, es indicativa de lo que sucedió en el país. Y es que no debe perderse de vista que "el objetivo de toda Constitución es obtener el mayor y más intenso consenso político social de los ciudadanos para asegurar su permanencia y, por ende la estabilidad y regularidad del Estado de Derecho"²⁹.

4.1. Los cambios introducidos por la Constitución al proceso de amparo

Como se puede apreciar, la Carta de 1993 mantuvo al proceso de amparo previsto por la Constitución de 1979 efectuando algunas modificaciones puntuales que sintetizaremos, advirtiendo que sobre ellas se volverá con más detalle en capítulos posteriores.

En primer lugar, se trató de impedir el empleo del amparo en ciertos supuestos al establecer que "no procede contra normas legales". No obstante tal expresa declaración, la jurisprudencia nacional ha interpretado que en ciertas circunstancias si procede acudir a

²⁷ Debate Constitucional, Nº 1, Lima: Comisión Andina de Juristas, 18 de febrero do 1993, p. 1.

²⁸ **LUCAS VERDÚ Pablo**, Singularidad del proceso constituyente español, Revista de Estudios Políticos, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Nº 1. 1978, p. 10.

²⁹ **LUCAS VERDÚ Pablo**, Op. Cit. p. 24.

dicha vía jurisdiccional. En efecto, existen claros supuestos de normas legales de ejecución inmediata -conocidas en doctrina como "normas autoaplicativas" -, que no requieren de ningún acto que las aplique o reglamente, pues desde su vigencia lesionan derechos fundamentales; así por ejemplo una ley que cesa a partir de su vigencia a las autoridades elegidas de una Universidad o que deja sin efecto un contrato. En estos casos, resultaría posible utilizar directamente el amparo.

De otro lado, se dispone que el amparo no proceda "contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular". Se reitera así lo señalado por el artículo 6 inciso 2 de la Ley 23506. En consecuencia, consideramos que debe asumirse la expresión procedimiento regular como aquel en el cual se han respetado las pautas esenciales de un debido proceso y se ha garantizado el acceso a la justicia, y por tanto si ellas de modo manifiesto no se respetan no habría impedimento para acudir al amparo. Más aún, si la nueva Carta reconoce determinados derechos fundamentales a las personas sometidas a un proceso judicial, concretamente el debido proceso o el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 139 inciso 3); derechos que se ejercen -y vulneran también- en un proceso judicial. Por ello, creemos que resultaba innecesario incluir esta expresión pues ya había sido prevista por la Ley 23506.

Además, la Constitución quiso introducir zonas exentas de control judicial, asumiendo que determinados actos constituyen "causas no justiciables", doctrina que en la actualidad se encuentra en franco retroceso. En efecto, según el artículo 142 "no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces".

La experiencia de la aplicación de la décimo tercera disposición transitoria de la Constitución de 1979 evidenció notorios excesos respecto a la ratificación de magistrados, que pudieron ser subsanados a través del proceso de amparo³⁰. La norma actual, trató de impedir tales cuestionamientos, lo que nos parece inadecuado pues no concebimos un sistema al que le sea ajeno la búsqueda de limitar y controlar el poder. Y es que "el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución"³¹.

³⁰ Así por ejemplo, en el caso "Lino Roncalla Valdivia c/ Sala Plena de la Corte Suprema", la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema declaró fundada la demanda de amparo pues consideró "que el proceso de ratificación de un magistrado, (...), debe efectuarse con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso" (El Peruano 12-02-89, p. 6). Una decisión de esta naturaleza, con la nueva normatividad constitucional no volvería a repetirse.

³¹ **ARAGON REYES Manuel**, El control como elemento inseparable del concepto de Constitución, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: CEC, Nº 19, 1987, pp. 17 y 36.

En efecto, una interpretación literal del artículo 142 se aparta de la idea de judicializar estos actos. No obstante, el Tribunal Constitucional ha efectuado una interpretación garantista de este artículo permitiendo el empleo del amparo contra decisiones del CNM. Así lo expuso en la sentencia que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por el magistrado no ratificado Gonzáles Ríos (Exp. N° 2409-2002-AA/TC) el 7 de noviembre de 2002:

"(.. .) cuando el artículo 142 de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces, limitación que no alcanza al Tribunal Constitucional por las razones antes mencionadas, el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertido en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento".

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha considerado que el citado artículo 142 no le impide conocer y resolver una demanda de amparo en ciertos casos.

4.1.1. El desarrollo legislativo del amparo a partir de la Carta de 1993

Si bien, durante la vigencia de la Carta de 1993 se ha mantenido lo dispuesto por la Ley 23506, con diversas reformas, a partir de 1993 se han efectuado algunas modificaciones que conviene examinar.

4.1.2. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

La cuarta disposición transitoria de la Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, publicada el 10 de enero de 1995, dispuso que por regla general las "acciones de garantía" se interpondrán ante el Juzgado Civil o Penal que corresponda y que la Corte Superior respectiva conocerá en segunda instancia. En caso que la resolución sea denegatoria, se acudirá directamente al Tribunal Constitucional, evitando el paso por la Corte Suprema. La excepción a este trámite se presenta tratándose del proceso de amparo contra una resolución judicial, pues en tal caso conocerá en primera instancia la Corte Superior y, en segunda, la Corte Suprema.

Este dispositivo motivó diferentes interpretaciones, algunos sostuvieron que la norma se aplicaba de inmediato, incluyendo a los procesos en trámite y por tanto la Corte Suprema carecía de competencia para resolver incluso aquellos casos en los que se había concedido el recurso de nulidad. Por ello, se decía que "a partir del 11 de enero de 1995, todas las sentencias emitidas en los procesos de amparo, con sentencia de la Corte Superior -en

segunda instancia- que hubiesen declarado fundada la pretensión, han quedado ejecutoriadas y por tanto han pasado en autoridad de cosa juzgada"³².

Una posición distinta, consideraba que debía aplicarse supletoriamente la primera disposición final del Código Procesal Civil y, en consecuencia, la Corte Suprema mantenía competencia para resolver "los procesos de amparo que se encuentran pendientes", aquellos "en que el recurso de nulidad ya haya sido concedido por la Corte Superior" y cuando "la Corte Superior haya expedido sentencia y contra ella se haya interpuesto recurso de nulidad"³³. Ante el debate suscitado, de indudables consecuencias prácticas, el Congreso aprobó la Ley 26446, publicada el 20 de abril de 1995, interpretando que la norma en cuestión solo se aplicaba a las acciones de garantía iniciadas a partir del momento de la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4.1.3. La Defensoría del Pueblo y el proceso de amparo

La Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, publicada el 8 de agosto de 1995, establece en su artículo 9 inciso 2) que el Defensor del Pueblo está legitimado para interponer demandas de amparo en tutela de los derechos constitucionales de la persona y la comunidad. Esta legitimación suele concederse a los Defensores del Pueblo tanto en Europa -por ejemplo, España- como en América Latina (Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador). Cabe recordar que ya el artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señalaba que dicho funcionario puede presentar el recurso extraordinario contra las resoluciones denegatorias recaídas en los procesos de amparo.

4.1.4. Amparo y derecho de rectificación

La Ley 26847, publicada el 28 de julio de 1997, desarrolla el derecho de rectificación reconocido por el artículo 2 inciso 7 de la Constitución, De acuerdo al artículo 3 de la citada ley la rectificación debe efectuarse dentro de los siete días siguientes de recibida la solicitud si se trata de órganos de edición o difusión diaria; en los demás casos, en la próxima edición que se haga luego de vencido ese plazo. Tratándose de medios de comunicación no escritos si la persona afectada lo solicita la rectificación se efectuará el mismo día de la semana y, de ser el caso, a la misma hora en que se difundió la información que la origina. Agrega el artículo 7 de la referida ley que en caso que no se publique o difunda la rectificación en los plazos señalados, o que el director o responsable del medio de

³² AVENDAÑO VALDEZ Jorge, Competencia de la Corte Suprema conforme a la ley del Tribunal Constitucional, El Comercio, Lima, 22-2-95, p.2. La misma opinión compartía GARCIA CALDERON MOREYRA Gonzalo, "El nuevo trámite de las acciones de garantía", El Peruano, Lima, 27 de enero de 1995, p. B-9.

³³ RÓN MOREYRA Gonzalo, "El nuevo trámite de las acciones de garantía", El Peruano, Lima, 27 de enero de 1995. p. 11.9.

comunicación se niegue a hacerlo o la rectificación se efectúe sin respetar lo dispuesto por la ley, el afectado podrá interponer la respectiva demanda de amparo en tutela de su derecho.

4.1.5. Competencia

La Ley 26792, publicada el 17 de mayo de 1997, modificó el artículo 29 de la Ley 23506, reformado a su vez por la Ley 25398, estableciendo que:

"Son competentes para conocer de acción de amparo los jueces de Primera Instancia en Civil o los jueces de Trabajo si la acción de amparo corresponde a un derecho de naturaleza laboral; del lugar donde se afectó el derecho o donde se cierne la amenaza, o donde tiene su domicilio el afectado o amenazado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción o amenaza, a elección del demandante. En los lugares donde no hubiesen Juzgados Especializados, es componente el Juez Mixto.

La acción de amparo se interpone indistintamente:

- a) Ante el Juez de turno al momento de producirse la amenaza o el acto violatorio del derecho constitucional; o,
- b) Ante cualquiera de los jueces cuyo turno esté programado para los treinta días siguientes a la fecha antes señalada.

Si la afectación de derecho se origina en una orden judicial la acción se interpone ante la Sala Civil, Laboral, o Mixta de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que encarga su trámite a un Juez de Primera Instancia".

Posteriormente, el Decreto Legislativo 900, publicado el 29 de mayo de 1998, modificó nuevamente el citado artículo 29, formalizando una situación preexistente, al disponer que en los distritos judiciales de Lima y Callao las demandas de hábeas corpus y amparo se presentaran necesariamente ante los denominados Jueces Especializados de Derecho Público, conociendo en apelación la Sala Superior de Derecho Público. Si bien el criterio de especialización constituye una alternativa interesante en materia constitucional, lo preocupante fue que los magistrados que ocuparon dichos cargos generaron serios cuestionamientos por su falta de autonomía e independencia frente a las autoridades gubernamentales. En realidad, se trató de jueces designados para evitar cualquier cuestionamiento de las decisiones del Gobierno.

La validez constitucional del Decreto Legislativo 900 fue cuestionada pues no solo restringía el acceso a los procesos de hábeas corpus y amparo al señalar que solo dos jueces conocerían todos los que se interpusieran en los distritos judiciales de Lima y Callao -que son lo más grandes del país-, sino además porque el artículo 200 señala que tales procesos solo pueden regularse a través de una ley orgánica y, según la Constitución, dicha materia no puede ser delegada al Poder Ejecutivo. Por ello, la Defensoría del Pueblo interpuso el 2 de mayo de 2001 una acción de inconstitucionalidad contra dicho decreto (Exp. 004-2001-

AI-TC), la cual fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 13 de agosto, publicada en el diario oficial el 27 de diciembre del 2001. El Tribunal sostuvo que:

"Los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo N° 900 modifican los artículos 15 y 20, Y 29, respectivamente, de la Ley N° 23506, de Hábeas Corpus y Amparo, estableciendo la competencia de los Juzgados y Salas de Derecho Público en la capital de la República y en la Provincia Constitucional del Callao, así como la de los Juzgados Civiles, Penales o Mixtos en los demás distritos judiciales del país.

En ese sentido, aunque la Ley N° 23506 es anterior a la Constitución vigente, desde la promulgación de esta, cualquier regulación relativa a los procesos constitucionales, sea que modifique la Ley N° 23506 o implique la dación de una nueva legislación, debe hacerse mediante ley orgánica, conforme lo establece el artículo 200 de la Constitución; en consecuencia, los artículos anotados contravienen lo dispuesto por el referido artículo constitucional".

En consecuencia, en la actualidad no existe una norma que expresamente regule la competencia en los procesos de hábeas corpus y amparo, pues dicho decreto fue expulsado del ordenamiento jurídico por inconstitucional y las normas anteriores no recobran su vigencia por la declaratoria de inconstitucionalidad. El Código Procesal Constitucional si plantea reglas claras sobre el particular.

4.1.6. Suspensión del procedimiento de ejecución coactiva

La Ley 26979, publicada el 23 de septiembre de 1998, reguló el procedimiento de ejecución coactiva y precisó que, además del Ejecutor, puede disponer la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva de obligaciones no tributarias el Poder Judicial "solo cuando dentro de un proceso de acción de amparo (...), exista medida cautelar firme" (artículo 16.2). Lo mismo señaló para el procedimiento de cobranza coactiva de obligaciones tributarias de los gobiernos locales (artículo 31.4) y tratándose de la suspensión del procedimiento coactivo de los órganos de la Administración Tributaria distintos a los gobiernos locales (quinta disposición complementaria y transitoria).

La intención de las normas citadas ha sido reiterar que solo una medida cautelar "firme", es decir, apelada y confirmada por la Corte Superior puede suspender el procedimiento de ejecución coactiva. Se trata, como acertadamente han señalado Danós y Zegarra³⁴, de una disposición innecesaria pues la ley de amparo (artículo 31) establece claramente que las medidas cautelares solo se ejecutan si han quedado consentidas o si han sido confirmadas por el superior.

³⁴ **DANÓS ORDÓÑEZ Jorge, y ZEGARRA Valdivia, Diego**, El procedimiento de ejecución coactiva, Comentarios al nuevo régimen legal: Ley 26979 y Código Tributario, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, pp. 95-96.

4.1.7. Improcedencia frente a decisiones arbitrales

La Ley 27053, publicada el 19 de enero de 1999, modificó lo dispuesto por el inciso 2) del artículo 6 de la Ley 23506 agregando una causal de improcedencia al señalar que no proceden las acciones de garantía contra las decisiones arbitrales emanadas de un proceso regular. De esta manera, una interpretación en sentido contrario permitiría afirmar que si el proceso no fue regular sí podría prosperar el cuestionamiento a una decisión arbitral.

4.1.8. La jurisprudencia

La Ley 27959, publicada el 08 de mayo de 2003, modificó el artículo 42 de la Ley 23506, disponiendo que "las resoluciones finales recaídas en las acciones de hábeas corpus y amparo, cuando queden consentidas o ejecutoriadas, serán publicadas en la página Web del Diario Oficial El Peruano o del Tribunal Constitucional³⁵, en el caso que la expida este último. Las resoluciones que a criterio del Tribunal Constitucional tengan relevancia jurisprudencial serán publicadas además, en forma obligatoria y dentro de los quince días siguientes en el Diario Oficial El Peruano".

Uno de los fundamentos principales que justificó la propuesta de reforma fue el elevado costo de la publicación de las sentencias lo cual constituía una carga muy onerosa para el Tribunal Constitucional. Consideramos que si esa era la razón principal del cambio normativo debió evaluarse la posibilidad de exonerar al Tribunal Constitucional del pago por publicar sus sentencias en el diario oficial.

4.2. La necesidad de una reforma constitucional

Como se ha podido apreciar, a partir de la influencia de experiencias procedentes del derecho comparado se ha ido configurando el proceso de amparo en el Perú, con la finalidad de dotar a las personas de un instrumento procesal urgente que le permita tutelar sus derechos fundamentales. No es extraño constatar, al igual que lo ocurrido en otros países, que la Constitución de 1979, que lo introdujo por vez primera haya tratado de fortalecer la tutela de derechos fundamentales luego de superar una etapa en la que ellos habían sido desconocidos.

Luego de la caída del régimen de Fujimori se abrió un espacio para el cambio constitucional, que se inicia durante el gobierno de transición con el informe elaborado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, creada mediante Decreto Supremo N°

³⁵ La página Web del Tribunal Constitucional es www.tc.gov.pe, mientras que la de El Peruano es www.elperuano.com.pe.

018-2001-JUS, del 26 de mayo de 2001, que estuvo integrada por veintiocho especialistas designados mediante Resolución Suprema N° 232-2001-JUS, de 31 de mayo.

Dicho informe se entregó al Presidente de la República el 16 de Julio de 2001 y planteó tres alternativas posibles para el cambio constitucional. Asimismo, formuló algunas propuestas para la reforma de amparo, al que calificó como proceso constitucional. Así por ejemplo sugirió que se elimine el segundo párrafo del artículo 200 inciso 2 de la Carta de 1993 según el cual aquel no procede contra normas legales o resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular³⁶.

Posteriormente, la Ley 27600 de diciembre de 2001, optó por una alternativa y dispuso la reforma total de la Constitución siguiendo el procedimiento establecido en la Carta de 1993. El texto sería sometido a referéndum y, de aprobarse, derogaría al anterior. En julio de 2002, la Comisión de Constitución presentó al Pleno del Congreso, para el debate respectivo, el proyecto elaborado. El proyecto de reforma constitucional aprobado en el Congreso de la República introdujo algunas novedades respecto al proceso de amparo³⁷ (92), aunque debido a la actual coyuntura política no resulta viable llevar a cabo un referéndum, pues debido a los escasos niveles de aprobación del Gobierno y del Congreso este podría resultar desfavorable. De ahí que en los hechos tal alternativa haya sido desestimada.

El proyecto (artículo 58) mantiene la misma redacción de la Carta de 1993, reiterando que no procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular ni contra normas legales. Además, agrega un párrafo según el cual en caso de conflicto, "el juez ampara obligatoriamente al que protege la vida, la integridad física y la seguridad de las personas o evite riesgos contra ellas, así como las disposiciones necesarias para la convivencia armónica de la vida en sociedad"

Una norma de tal naturaleza no solo resulta innecesaria, sino que afecta la autonomía que corresponde a los jueces pues son ellos quienes deben decidir en función del caso concreto la mejor medida a adoptar si se presenta un conflicto de derechos.

De otro lado, señala que la resolución definitiva del Consejo Nacional de la Magistratura que sanciona a los jueces y fiscales es impugnabile ante el Tribunal Constitucional solo si afecta el debido proceso (artículo 216 inciso 2) Asimismo, sigue manteniendo una disposición

³⁶ El texto puede consultarse en CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Memoria de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Periodos 2001-2002-2003, Lima, 2003. pp. 73-75.

³⁷ **MINISTERIO DE JUSTICIA**, Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Lima, julio, 2001, p. 98.

según la cual "no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral" (artículo 236).

Finalmente, la Ley 28083, publicada el 4 de octubre de 2003, creó la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS). La citada Comisión elaboró un Plan Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia que se presentó a fines de abril de 2004, conteniendo una propuesta de reforma parcial a la Constitución en materia de justicia.

La referida propuesta introduce el "certiorari" al señalar que el Tribunal Constitucional resolverá en último grado los procesos de amparo que señale la ley "pudiendo escoger discrecionalmente los procesos que decida resolver". Asimismo, establece un proceso de amparo de instancia única que procedería contra las resoluciones judiciales dictadas por la Corte Suprema de la República y las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de suspensión y destitución de jueces y fiscales. Esta propuesta fue presentada como proyecto de reforma constitucional por el congresista Fausto Alvarado Doderó (FIM) el 26 de mayo de 2004 (Proyecto Nº 10676), quien fuera Ministro de Justicia y como tal coordinador del Grupo de Trabajo sobre reforma constitucional de la CERIAJUS.

De las diversas propuestas existentes, nos parece relevante rescatar cuatro aspectos centrales. En primer lugar, calificar al amparo como un proceso constitucional. En segundo lugar, eliminar al hábeas data para que los derechos de acceso a la información pública y de autodeterminación informativa pasen a ser tutelados por el amparo. En tercer lugar, introducir el "certiorari" para que el Tribunal Constitucional escoja discrecionalmente los casos que quiera conocer. Y finalmente, permitir un amparo de instancia única ante el Tribunal Constitucional en ciertos supuestos específicos, por ejemplo para cuestionar en forma excepcional resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, del Consejo Nacional de la Magistratura de la Corte Suprema.

Con independencia de ello, el futuro de la reforma y sus alcances aun es incierto. El 28 de julio de 2004, el Presidente de la República en su mensaje a la Nación planteó tres alternativas para una reforma constitucional, incluyendo entre ellas la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente, propuesta que ha contado con reacciones a favor y en contra. A nuestro juicio, cualquier decisión por la que se opte debe comprometer al conjunto de la ciudadanía y ha de contar con el máximo de consenso posible. Solo así se encontrará una salida constitucional duradera y legítima.

4.3. El primer Código Procesal Constitucional peruano y la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Luego de casi veintidós años de vigencia de la Ley 23506, resultaba necesaria una reforma legal del amparo que revise, unifique y modernice la dispersa legislación existente y se nutra de la teoría general del proceso para brindar una tutela de urgencia a los derechos fundamentales. Estos cambios normativos han sido incorporados en el nuevo Código Procesal Constitucional.

Cabe indicar que algunos países también cuentan con leyes especiales, tal como ocurre en Costa Rica con la Ley de Jurisdicción Constitucional, y algunas provincias argentinas como la de Tucumán que tiene un Código Procesal Constitucional. En el Perú, seis profesores de Derecho Constitucional, Procesal, Administrativo y Penal, a iniciativa de Juan Monroy y Domingo García Belaúnde se reunieron para elaborar un Anteproyecto de Código Procesal Constitucional, en el marco de la Carta vigente³⁸.

Luego de culminarlo lo remitieron a un grupo de abogados, jueces, fiscales y profesores quienes formularon valiosos aportes. En octubre de 2003 el texto fue publicado y divulgado a la comunidad jurídica y académica. Posteriormente, el 15 de diciembre de 2003, fue acogido y presentado como proyecto de un grupo multipartidario de congresistas integrantes de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto de Ley N° 9371). Dicho proyecto contó con dictámenes favorables de la Comisión de Constitución y Reglamento, y de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, las cuales introdujeron contadas modificaciones.

El 6 de mayo de 2004 el Congreso lo aprobó por 72 votos a favor y el 28 del mismo mes fue promulgado por el Presidente de la República. De esta manera, el 31 de mayo se publicó la Ley 28237 que aprueba el primer Código Procesal Constitucional peruano³⁹. Posteriormente, el 23 de julio del mismo año se publicó la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301, la cual comenzará a regir cuando entre en vigencia el Código Procesal Constitucional.

El Código sistematiza y ordena los siete procesos constitucionales previstos por la Carta de 1993. Además, introduce cambios sustanciales al proceso de amparo⁴⁰. Su vigencia -seis

³⁸ El grupo de trabajo estuvo integrado por los profesores Domingo García Belaúnde, Francisco Eguiguren, Juan Monroy, Arsenio Oré, Jorge Danós y Samuel Abad, Cfr.: Código Procesal Constitucional, Ante Proyecto y legislación vigente" Lima: Palestra Editores, 2003.

³⁹ Cfr. AA.VV., "Código Procesal Constitucional, Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico", Lima: Palestra Editores, 2004.

⁴⁰ Una Fe de Erratas al artículo 56 del Código le publicó en el diario oficial el 5 de junio de 2004, sustituyendo la palabra "Interpondrán" por la de "Impondrán" costas y costos.

meses después de su publicación- deberá ir acompañada de una adecuada formación y especialización de los jueces, así como de una reforma del sistema de justicia - especialmente del Poder Judicial- que garantice una solución eficaz de estos procesos. Y es que en definitiva las reformas legales son importantes más no suficientes. Se requiere de un sistema de justicia especializado, autónomo y creativo que garantice la tutela efectiva de los derechos humanos.

V. EL PROCESO DE AMPARO

5.1. Definición

En base a los estudios realizados podemos atrevernos a definir el proceso de amparo como aquel proceso que tiene por finalidad proteger derechos constitucionales y reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación.

El proceso de amparo es una garantía constitucional cuya finalidad es asegurar a las personas el goce efectivo de sus derechos constitucionales, brindándoles protección de toda restricción o amenaza ilegal o arbitraje en que incurren los órganos del Estado o particulares, con excepción de los derechos protegidos por el Habeas Corpus y el Habeas Data.

El dilecto Dr. Sagues sostiene que el amparo es una acción que protege todos los derechos humanos recogidos por la Constitución, siempre que fueran ciertos, exigibles, concretos, ante la lesión o amenaza de particulares o del Estado. Y agrega que es una acción excepcional, en defecto de las ordinarias que puede interponer cualquier persona con trámite rápido, variable e incluso contra actos del Poder Judicial⁴¹.

5.2. Requisitos

El proceso de amparo requiere el cumplimiento de determinados requisitos, tales como:

- a) Determinar la verosimilitud del derecho constitucional protegido que puede ser conculcado o amenazado.
- b) Que la agresión no haya cesado o se haya convertido en irreparable.
- c) Que se haya agotado las vías previas.
- d) Que el ejercicio de la acción no haya prescrito.

⁴¹ **SAGUES, Néstor**, Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo, 5a. ed., editorial Astrea, tomo 3, Buenos Aires, 2007, p. 1496.

5.3. Derechos que protege el amparo

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos⁴²:

- 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;
- 2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;
- 3) De información, opinión y expresión;
- 4) A la libre contratación;
- 5) A la creación artística, intelectual y científica;
- 6) De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;
- 7) De reunión;
- 8) Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;
- 9) De asociación;
- 10) Al trabajo;
- 11) De sindicación, negociación colectiva y huelga;
- 12) De propiedad y herencia;
- 13) De petición ante la autoridad competente;
- 14) De participación individual o colectiva en la vida política del país;
- 15) A la nacionalidad;
- 16) De tutela procesal efectiva;
- 17) A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;
- 18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales;
- 19) A la seguridad social;
- 20) De la remuneración y pensión;
- 21) De la libertad de cátedra;
- 22) De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución;
- 23) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;
- 24) A la salud; y
- 25) Los demás que la Constitución reconoce.

⁴² Código Procesal Constitucional, Edición Oficial EL Peruano, Art. 37.

5.4. Característica de Residualidad

El proceso de amparo se caracteriza por ser eminentemente residual, es decir que no procede su empleo cuando existen las vías procedimentales específicas e igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

5.5. Principios jurídicos en el Amparo

Entre los principios jurídicos fundamentales del proceso de amparo podemos citar⁴³:

a) El Principio de iniciativa de parte:

El amparo sólo procede a instancia de parte, es decir que de oficio no se puede promover un proceso de amparo.

b) Principio de agravio personal y directo

Se entiende el agravio como el hecho de causar daño, que puede producir un menoscabo patrimonial o no, debiendo de considerarse la forma, ocasión o manera bajo las cuales se cause el daño.

c) El Principio de prosecución judicial

El proceso de amparo se tramita siguiendo la forma y el procedimiento establecido en el orden jurídico.

d) El Principio de relatividad de las sentencias

La sentencia tiene efectos particulares para el interesado.

e) El principio de estricto derecho de las resoluciones

Las resoluciones se ajustan finalmente a los términos de la demanda.

5.6. Procedencia

Procede interponer demanda de amparo cuando⁴⁴:

a) **Se violen derechos constitucionales por acción** de cualquier autoridad, funcionario o persona. Este supuesto se refiere a una lesión o menoscabo de un derecho constitucional. El daño debe ser real, efectivo, concreto e ineludible; excluyéndose en consecuencia los perjuicios imaginarios o que escapen a una percepción objetiva.

⁴³ **ABAD YUPANQUI, Samuel**, El proceso constitucional de Amparo, Gaceta Jurídica, 1ra Edición, Lima, 2004. p. 95.

⁴⁴ Ídem. p. 123

b) Se violen derechos constitucionales por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. El amparo por omisión es aquel por medio del cual se demanda la protección de los derechos constitucionales afectados por la abstención de las autoridades estatales.

El amparo contra actos de omisión debe provocar la vulneración de derechos constitucionales, teniéndose en cuenta las siguientes características:

- Que exista lesión cierta, actual y manifiestamente ilegal de un derecho constitucional.
- Que no exista procedimientos previos o paralelos eficaces para la subsanación del acto lesivo.
- Que exista mora o silencio en la administración, o que el silencio implique una manifestación tácita de la voluntad que rechaza la petición sometida a consideración.
- Que, de no existir plazo legal para que el ente estatal se pronuncie o ejecute un acto, mediante un plazo razonable previo al amparo, para que el respectivo órgano adopte la decisión o cumpla con la obligación.

c) Se amenacen derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Por lo general el amparo opera en principio a una trasgresión, pero también actúa en circunstancias excepcionales contra una amenaza, cuando resulte de inminente realización. Para que la amenaza de lugar al proceso de amparo debe ser cierta y de inminente realización.

d) El procede también procede frente a actos basados en normas, es decir cuando la amenaza o violación tiene como sustento la aplicación de una norma incompatibilidad con la Constitución.

e) El amparo también es procedente respecto de resoluciones judiciales firmes con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y al debido proceso.

5.7. Agotamiento de la vía previas

Para plantear un proceso de amparo deben agotarse las vías previas. Este es un requisito de procedibilidad del proceso de amparo. Son vías previas de carácter público los procedimientos administrativos que para el Estado se encuentran regulados en la Ley del

Procedimiento Administrativo General (Ley 27444) y para las personas jurídicas privadas están reguladas en los estatutos o reglamentos internos de cada institución.

Cuando existan dudas sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda.

5.8. Excepciones al agotamiento de las vías previas

No será exigible el agotamiento de las vías previas si⁴⁵:

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

5.9. Juez Competente y plazo de resolución en Corte

Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio.

La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda⁴⁶.

5.10. Trámite

En la resolución que admite la demanda, el Juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días. Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expeditos para ser sentenciados.

⁴⁵ Código Procesal Constitucional, Edición Oficial EL Peruano, Art. 46.

⁴⁶ Ídem, Art. 47.

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 ésta.

Si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo remedie, vencido el cual expedirá sentencia. Si estima que la relación procesal tiene un defecto insubsanable, declarará improcedente la demanda en la sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito.

Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio, o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el artículo 112 del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Dicha sanción no excluye la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto⁴⁷.

5.11. Contenido de la Sentencia fundada

La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes⁴⁸:

- 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
- 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
- 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
- 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

⁴⁷ Código Procesal Constitucional, Edición Oficial El Peruano, Art. 53.

⁴⁸ Ídem, Art. 55.

5.12. Apelación

La sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación. El expediente será elevado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso⁴⁹.

5.13. Trámite de la apelación

El superior concederá tres días al apelante para que exprese agravios. Recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, concederá traslado por tres días, fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa. El superior expedirá sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores a la vista de la causa, bajo responsabilidad⁵⁰.

5.14. Ejecución de Sentencia⁵¹

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.

Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación

⁴⁹ Ídem, Art. 57.

⁵⁰ Código Procesal Constitucional, Edición Oficial El Peruano, Art. 58.

⁵¹ Ídem, Art. 59.

injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente.

Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo.

5.15. Procedimiento para represión de actos homogéneos⁵²

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución.

Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.

⁵² Código Procesal Constitucional, Edición Oficial El Peruano, Art. 60.

CAPITULO II

EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA AUTONOMIA DE LOS FALLOS ELECTORALES EN EL PERU

I. A MANERA DE INTRODUCCION.

La importancia institucional que representa el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional, en el ordenamiento democrático y legal en nuestro país es indiscutible. En el caso del Tribunal Constitucional, (TC) ha labrado una jurisprudencia constitucional tuitiva de los derechos fundamentales, no le ha temblado la mano para resolver temas complicados que se le pusieron al frente y, por su parte, el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) logró dirigir con éxito el reciente proceso electoral en primera y segunda vuelta, esto es muy importante en democracias aún frágiles como la peruana, pero lamentablemente, desde hace un buen tiempo venimos asistiendo a una fuerte disputa entre el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones. La manzana de la discordia es la posibilidad de que las resoluciones del JNE puedan ser –o no- sometidas a control constitucional por parte del Tribunal C, vía acciones de garantía.

En base al texto expreso de los artículos 142º y 181º de la Constitución de 1993, el JNE sostiene que sus resoluciones no son revisables en caso excepcional de control constitucional. Por su parte, la jurisprudencia del TC ha interpretado en cambio que no puede haber ningún acto o medida de los poderes públicos que esté exento de eventual control constitucional, como consecuencia de la primacía de la Constitución; por tanto, consideran que los referidos artículos 142º y 181º deben ser interpretados en concordancia con otras disposiciones constitucionales.

La posición del TC quedó inicialmente respaldada en el artículo 5.8º del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, el año 2005 y en el contexto de críticas en contra del TC en el sentido que se habría extralimitado en sus funciones, el Parlamento aprobó la Ley Nº 28642, que modificó el referido artículo 5.8º del CPC, con el objetivo de impedir legislativamente que el TC no revisara las resoluciones del JNE, para lo cual, adicionó que las “*Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad (léase, el TC), no surten efecto legal alguno*”; a pesar de ello, el TC ha decidido mantener su jurisprudencia de primacía de la Constitución, no sólo en relación al JNE sino respecto a todos los poderes públicos.

Han sido varios los episodios de este conflicto entre el TC y el JNE, en la actualidad el último de los cuales fue la reposición en el cargo dispuesta por el TC del ex alcalde de

Chiclayo, Arturo Castillo Chirinos, a quien el JNE lo había “vacado” (cesado) del cargo por haber sido objeto de sentencia judicial condenatoria por la comisión de delito doloso. En este caso el TC tiene la razón, pues si bien, por un lado, el artículo 22.6º de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) establece que *“El cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal, en los siguientes casos:... Sentencia judicial emitida en última instancia por delito doloso”* y, por otro lado, el proceso judicial respectivo debió, en principio, culminar en segunda instancia, lo cierto es que la Corte Suprema dio un giro al caso al declarar, finalmente, prescrito el delito. En otras palabras, judicialmente ya no había delito y, por ende, no había causal de vacancia. Al no tomarse en cuenta este hecho por parte del JNE, creemos que –más allá de simpatías o antipatías con la persona en cuestión- sus derechos fundamentales fueron vulnerados.

Posterior a ello vendría el proceso de acción de inconstitucionalidad presentado por el Colegio de Abogados del Callao, contra la Ley N° 28642, que modifica el Art. 8.5 del Código Procesal Constitucional, la misma que es declarada fundada por el Tribunal Constitucional, en insólito y cuestionado fallo Exp. 007-2007-AI-TC, el mismo que permite la revisión de los fallos electorales, pese a lo establecido en la Constitución, lo cual revisaremos en páginas siguientes.

Este desenlace que, por lo demás, es transitorio pues ambas instituciones mantienen sus puntos de vista. Aunque compartimos la tesis del TC de que no debe haber acto o medida de poderes públicos exento de eventual control constitucional, reconocemos que hay argumentos jurídicos que respaldan la posición de ambas instituciones. En el caso del JNE, es verdad que todas las elecciones cuentan con un cronograma electoral que debe garantizarse y que la tradición constitucional en el país ha sido más bien la de una “justicia electoral” no revisable; tradición que puede ser modificada, pero habría que partir de ese dato histórico.

Creemos que por ahí puede avizorarse una salida a este entrapamiento entre el TC y el JNE, es decir, que se arribe al consenso de considerar, por un lado, que las resoluciones del JNE durante los procesos electorales no son objeto de cuestionamiento vía procesos constitucionales pero que, una vez culminados los mismos, cabría la posibilidad excepcional de control constitucional de las decisiones del JNE por parte del TC vía demanda de amparo. Es verdad que este control constitucional, tratándose de un órgano de tanta importancia para el sistema democrático como el JNE, debería ser objeto de reforma constitucional para que sea el TC, en instancia única –similar a cómo se tramitan hoy en día

los procesos de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley-, el que ejerza en forma exclusiva dicho control.

II. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS FALLOS ELECTORALES

Posterior a la controversia entre el JNE y el TC, estas no han sido resueltas por la aprobación por parte del Congreso Peruano de la Ley N° 28642. La citada norma ha modificado el inciso 8° del artículo 5° del Código Procesal Constitucional estableciendo que: *“No proceden los procesos constitucionales cuando: ...Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares bajo responsabilidad”, agregando incluso que: “Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno” y que “la materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellas que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva”,* creemos que la consabida restricción, resulta más teórica que efectivamente práctica.

Ante lo anteriormente señalado, en el artículo publicado el Dr. José Palomino Manchego, plantea algunas preguntas como son: *¿Podía el Congreso de la República proceder en forma en que lo hizo? ¿Podían sus representantes legislar en forma contraria a lo que el propio Tribunal Constitucional había sentenciado?. Y si el Congreso ha procedido en la forma descrita ¿Puede el Tribunal Constitucional sentirse vinculado por lo que el Congreso, ley de por medio, le ordena hacer?*⁵³.

El Dr. Palomino, establece en su ensayo, que el inicio de la solución del problema fue establecido inicialmente y a propuesta de la “Comisión de las Bases de la Reforma de la Constitución del Perú”, que en torno a los órganos electorales, la Comisión consideró que cuando en las decisiones, prima el criterio de conciencia y no la aplicación del Derecho, el nombre apropiado es el de Jurado; pero cuando, a la inversa, debe ser aplicado el Derecho, o sea, la Constitución y la ley, adicionalmente, los principios generales del Derecho, el nombre tiene que ser distinto. Y, entre los alternativos de Corte Electoral o Tribunal de Elecciones, parece ser más adecuado el de Tribunal Supremo Electoral, del cual dependerán los Tribunales Electorales Especiales, según la clase de elecciones (políticas, departamentales o municipales). La composición del Tribunal puede ser la misma que actualmente tiene el Jurado Nacional de Elecciones⁵⁴.

⁵³ Interrogantes planteadas por el Dr. **PALOMINO MANCHEGO, José**, *El Control Constitucional de las decisiones electorales ¿Discusión zanjada o controversia latente?*, Revista Peruana de Derecho Público, Año 6, N° 11, Julio- Diciembre, Lima, 2005, p. 206.

⁵⁴ *Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 2001, p. 89.

Al revisarse los aportes de la Comisión de Bases, podremos apreciar la diferencia de la estructura actual del JNE, y lo que sería el Tribunal Supremo Electoral, en acuerdo con el Dr. Palomino que mientras las resoluciones del JNE sigan “causando estado”, estarán sujetas a un control constitucional, incluso así se convierta en Tribunal Supremo Electoral estará supeditado a lo que resuelva el Tribunal Constitucional, tal como sucede a lo que resuelva el Tribunal Constitucional, tal como sucede en otros países en América Latina, en especial a través de otro órgano netamente jurisdiccional: el Poder Judicial⁵⁵.

2.1. Sobre la Ley N° 28642

El JNE el 8 de septiembre del 2005 presentó, gracias a una iniciativa legislativa, el Proyecto de Ley Nro. 13661 que busca modificar el artículo 8 inciso 5 de la Ley N° 28237 Código Procesal Constitucional, dado que este artículo colisionaba con los Arts. 142 y 181 de la Constitución Política del Perú, que establecen la irrevisabilidad de los fallos del JNE por cualquier órgano del Estado (llámese Tribunal Constitucional).

Uno de los informes presentado por el JNE, fue elaborado por un asesor del JNE el Abogado Alejandro Rospigliosi Vega⁵⁶, quien en su argumentación inicial, señala que la modificatoria de los artículos mencionados del Código Procesal Constitucional, traerían problemas futuros, puesto que se estaría poniendo en riesgo los procesos electorales: a) Elecciones Presidenciales, b) Elecciones Parlamentarias y las del Parlamento Andino, c) Elecciones Regionales y Municipales. Para ello hace referencia a lo que señala Chirinos Soto, en torno a la procedencia de los amparos electorales, los cuales obviamente no se darían de la forma como inocentemente lo señala tanto el autor del ensayo como su referencia.

Y es que, lo que falta analizar al asesor del JNE y su referencia, es que el proceso de amparo electoral desarrollado en excelencia en España, contempla un régimen especial para este tipo de acciones, más aún, si tomamos en cuenta la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Amparo contra el Amparo, (Exp. 4853-2004-PA-TC) en esta sentencia el TC estipula un mecanismo especial y una regulación determinada para esta acción, lo cual podemos señalar que es una omisión subsanable en el caso de la Sentencia del Exp. 007-2007-PI-TC, que da inicio a la procedencia del amparo electoral.

⁵⁵ PALOMINO MANCHEGO, José, *El Control Constitucional de las decisiones electorales ¿Discusión zanjada o controversia latente?*, Ob. Cit., p. 211.

⁵⁶ ROSPIGLIOSI VEGA, Alejandro, *La Irrevisabilidad de las Decisiones Electorales del JNE en el Sistema Legal Peruano*, Escuela Electoral, Martes 04 de octubre del 2005, Gerencia de Educación, Lima.

El joven abogado del JNE, desconoce inocentemente que si bien los procesos electorales son preclusorios en sus diversas etapas, estos no pueden afectar el debido proceso, al derecho de defensa y sobretodo al derecho a la pluralidad de instancias. Es entendible que las etapas del proceso electoral son preclusorias, lo cual conllevaría que en dichas etapas, se dan las suficientes garantías para que el correcto ejercicio de los derechos electorales, pero no podemos establecer ni señalar que en el proceso general llevado ante el JNE, pueda resolverse en doble instancia y por el mismo colegiado, los recursos extraordinarios presentados por irregularidades o falta de valoración de medios probatorios durante el proceso, o peor aún el hecho de violentar los derechos humanos y políticos de los recurrentes, deben ser resueltos por terceros imparciales, y no por un colegiado con un criterio ya formado.

Rospigliosi señala además que la mencionada norma está produciendo la interposición de diversas acciones de amparo ante magistrados de primera instancia del Poder Judicial; los mismos que al revisar los fallos del JNE y dejarlas sin efecto, disponían la reincorporación de las autoridades vacadas, ocasionando con ello incertidumbre y zozobra en la ciudadanía (haciendo mención al caso de duplicidad dado en el caso Castillo Chirinos), configurando una muestra de inadmisibilidad en un sistema legal como el peruano. Es por ello que el proceso de amparo electoral según el autor, no es compatible con nuestro sistema legal.

Ante el punto anterior, el joven asesor, no señala que el error al momento de vacar al Alcalde de Chiclayo, fue por parte del JNE, quien no hizo una valoración correcta de los documentos presentados y más aún del informe del Poder Judicial, que establecía que la sentencia que condenaba y era causal de vacancia del citado Alcalde, devenía en nula por el recurso interpuesto contra el juez que expidió la misma, eliminándose a sí la causal de vacancia, lo cual dio puerta abierta al TC a poder emitir el fallo que dio, frente a tremendo atropello y violación a un derecho fundamental.

Ante esto también podemos señalar lo siguiente, si bien es cierto los artículos 142 y 181 de la Constitución Política del Perú, tiene por propósito garantizar que ningún otro poder del Estado se arrogue la administración definitiva de justicia en asuntos electorales no se puede pasar por alto cuando el JNE ejerce funciones que van en contra de los derechos fundamentales, como en el caso de Castillo Chirinos, y de ser así ya se estaría hablando de una esfera mas allá de lo electoral, convirtiéndose en una relevancia más que otra cosa, constitucional, apoyándonos obviamente en lo señalada por el artículo 200 inciso 2 de la Constitución que otorga al lesionado el derecho de exigir la protección al derecho fundamental afectado, mediante el proceso de amparo.

Ahora, si bien es cierto se busca que el Tribunal Constitucional actúe, conforme a ley, en los casos en los que se ve vulneración de los derechos fundamentales, no es el objetivo que el Tribunal pueda controlar los actos del JNE, sino simplemente definir si tiene competencia para conocer de un asunto en el que como he dicho líneas arriba se encuentran vulnerados derechos que son reconocidos por la Constitución, sin tomar en consideración del órgano del que dicho daño provenga.

Y a esto hay que añadir que como nuestro país se ha ratificado en la Convención Americana de los Derechos Humanos y por lo tanto, todos los Tratados y Convenios Internacionales constitucionalmente forman parte del ordenamiento jurídico nacional, para lo cual es de estricto cumplimiento lo considerado y señalado en los tratados sobre derechos humanos, siendo necesaria su adecuada interpretación por los tribunales nacionales, teniendo como mira principal respetar derechos inspirados en la dignidad humana.

Y es justamente en base a una adecuada interpretación que los art. 142 y 181 se deben aplicar, pues el no poder revisar resoluciones que van en contra a los derechos fundamentales resulta inadmisibles para un Estado de Derecho que buscamos mantener, y por el contrario aplicarlos literalmente se opondría a lo que los tribunales internacionales con respecto a derechos protege⁵⁷.

Es en base, a estas y otras premisas que el Tribunal Constitucional refiere que detrás del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, el derecho en este caso a recurrir ante un tribunal competente frente a todo hecho u omisión que afecte una facultad reconocida abiertamente por la Constitución o en los instrumentos internacionales⁵⁸.

Por otro lado Rospigliosi también hace mención breve a la carga procesal del TC, para lo cual señala montos de ingreso de expedientes en los últimos años, esperando sustentar su propuesta en la excesiva carga que tiene el TC, y que los procesos de amparo son aquellos que sobrecargan dicho organismo.

El tema de la carga procesal es un problema que no solo aqueja al TC, también podemos decir lo mismo del Poder Judicial y hasta de mismo JNE, y es que este joven asesor no considera que si somos estrictos con los Textos Únicos de Procesos Administrativos de las instituciones o con los códigos ya sea Procesal Civil o Procesal Constitucional, veremos que

⁵⁷ TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny, Ensayos de Derecho Constitucional General, Adrus, Arequipa, 2007, p. 198.

⁵⁸ TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny, Op. Cit. p. 199.

ninguna entidad cumple con los mismos, más aún, no detalla cual es la eficacia y eficiencia que tiene el JNE frente a la resolución de los procesos electorales llevados en su fuero, y si estos son resueltos dentro de los plazos establecidos en el proceso administrativos, a lo cual hace mención y que serviría de punto de comparación o crítica. Debemos señalar además, que es de conocimiento que el problema de la falta de personal y la gran cantidad de expedientes judiciales o administrativos que ingresa a sedes judiciales o administrativas, es pesado de llevar por parte de dichas entidades, por sus limitaciones, estando a resolver de acuerdo al plazo de su ingreso de la causa a despacho.

Ante esto, se hace necesario mencionar, que si es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica sin que ello afecte el debido control constitucional de una resolución del JNE en materia electoral que contravenga derechos fundamentales y el mismo énfasis ha puesto la Corte Interamericana al señalar que “todo órgano supremo electoral debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, ha establecido que dicho recurso debe ser sencillo y rápido”.

Obviamente lo que se busca con esto es que se evite en lo posible que las eventuales afectaciones a los derechos fundamentales en las que incurran los órganos encargados de administrar justicia, en este caso electoral, se tornen irreparables.

En tal sentido se mencionó como recomendación la posibilidad que las demandas de amparo contra una decisión del JNE en materia electoral sean presentadas ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarísimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.

Además recordemos que el Tribunal Constitucional no va a revisar todas las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, sólo verá los casos en que se hayan afectado los derechos fundamentales. En este punto debemos detallar que revisará las irregularidades que puedan haber sido cometidas no solo por el JNE sino también las irregularidades cometidas por el Poder Judicial, dado que en base a las causales que son establecidas por la Ley Electoral en los procesos electorales, el JNE toma decisiones, ya sea desestimando las mismas o admitiéndolas, siendo en estas últimas donde el JNE en muchos casos puede convalidar los errores cometidos por el Poder Judicial, es allí, donde se hace necesario la

revisión por parte del TC. En ningún momento se ha dicho que se va a revisar todo lo actuado por el JNE.

Por último, en el artículo aparte de mencionar específicamente las atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones en concordancia con la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, menciona que existe la pluralidad de instancias en el proceso electoral, el mismo que empieza con la decisión tomada por el consejo municipal o regional, a cuyo acuerdo va en segunda instancia al JNE, con lo cual da por conforme el Principio de Pluralidad de Instancias.

Pero lo que olvida nuestro joven y sutil asesor, que la decisión tomada por el Pleno del Consejo, ya sea municipal o regional es simplemente el inicio o la focalización del proceso electoral, al igual que, en el proceso judicial existe una demanda, también existe una contestación o absolución de cargos, con lo cual no podemos señalar que sería una primera instancia, ya que el Pleno de Consejo sea municipal y regional no son los entes adecuados para resolver dicho proceso, son simplemente meros tramitadores puesto que sólo resuelven sobre la procedencia o no de la misma y su remisión al Jurado Nacional de Elecciones, como lo establece en el Art. 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades, el Pleno del Consejo, no va a resolver si es que esta es procedente o como última decisión, dado que existe el recurso de apelación a lo resuelto por el Pleno, cumpliendo el procedimiento administrativo, que establece que la apelación al acuerdo de consejo pasa al JNE, quien resuelve en forma definitiva.

Otro detalle que olvida este joven y novel asesor, reforzando el punto anterior es que dentro del JNE, existe el recurso extraordinario de revisión, el cual esta contenido en el TUPA del JNE, el mismo que esta destinado a un nuevo pronunciamiento por parte del Pleno del JNE, a lo ya resuelto, por lo que, y bajo la lógica del asesor, este recurso se convertiría en una tercera instancia, la cual no creemos acorde, dado que por la seguridad procesal y correcta administración de justicia, esta debe darse por colegiado distinto y de entidad superior o similar, ya que prácticamente en esta supuesta tercera revisión en el proceso electoral pero segunda dentro del JNE, estaría convirtiendo al JNE en “juez y parte”.

Es necesario que la pluralidad de instancias, que se ve necesaria, se deba de dar en órganos diferentes y no al interior de la institución que emite los fallos susceptibles de revisión, pues de ser así, no existirían garantías de imparcialidad. Es decir, que si al presentarse la nulidad sobre una resolución emitida por el Jurado Nacional de Elecciones ante este mismo órgano, los mismos magistrados que la emitieron deberán resolver sobre la

misma, resulta insulso a mi parecer. A la larga la creación de esa instancia nueva no resolverá el fondo del asunto.

El tener la posibilidad de recurrir a otra entidad como medio para proteger los aparentes derechos lesionados se hace fundamental, hablamos de una tutela efectiva y de la posibilidad que otro órgano resuelva ante una posible afectación, asegurando a la ciudadanía un adecuado tratamiento al problema con notoria imparcialidad.

Otro punto que no podemos olvidar, es que con la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, no sólo el TC será el ente encargado de revisar los fallos electorales, de acuerdo al proceso del amparo, será primero el Poder Judicial, el que en primera instancia emita una opinión al respecto, siendo posteriormente el TC, quien ratifique lo argumentado por el Poder Judicial.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PROCESO JUSTO

3.1. Los Derechos Fundamentales

3.1.1. Las Dimensiones de los Derechos Fundamentales

Los Derechos Fundamentales presentan modernamente una doble dimensión subjetiva y objetiva. En su concepción inicial, los Derechos Fundamentales eran simples límites al ejercicio del poder público, es decir, garantías negativas para titular los intereses individuales. Hoy día se han convertido, además, en un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva del Estado y sus instituciones⁵⁹.

En su concepción subjetiva, es evidente que los Derechos Fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, al mismo tiempo que enmarcan sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. De esa forma, tales derechos tienden a proteger la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder público, sino también frente a los demás miembros de la comunidad.

Modernamente y luego de que se tomó conciencia de que el disfrute real de tales derechos por todos los miembros de la sociedad exigía garantizar, de manera paralela, ciertas cuotas de bienestar económico y social, que permitieran la participación activa de todos los ciudadanos en la vida comunitaria, ha conllevado a adicionar a la primigenia idea de los derechos fundamentales un nuevo status: el status positivus sociales.

⁵⁹ **HERNANDEZ VALLE; Rubén**, Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 29.

Este nuevo status que incluye el reconocimiento de los denominados derechos “sociales, económicos y culturales”, no tiene como objetivo anular la libertad individual, sino más bien garantizar el pleno desarrollo de la subjetividad humana, la cual exige conjugar, al mismo tiempo, tanto su dimensión personal como social. Por tanto, tales derechos se anudan en la categoría omnicomprensiva de los derechos fundamentales.

En síntesis, como ha dicho felizmente un autor español

“En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido, debe funcionar para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”⁶⁰.

3.1.2. La diferencia con otras figuras afines

Los derechos fundamentales deben distinguirse, al menos de otros dos conceptos jurídicos con los que se suele confundir: los derechos humanos y las libertades públicas.

Por los primeros se entiende el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreta las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Es decir, los derechos humanos tienen una connotación más axiológica que jurídica, pues se refieren a todas aquellas exigencias relacionadas con las necesidades de la vida humana y que, por diversas razones, no se encuentran positivizadas en los diferentes ordenamientos jurídicos⁶¹.

Los Derechos Fundamentales, en cambio, se encuentran reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico, de maneras que su eventual violación o amenaza de violación puede ser subsanada o impedida, en su caso, por remedios procesales específicos. En otros términos, “se trata siempre de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde al carácter básico o fundamental del sistema jurídico político del Estado de Derecho”⁶².

⁶⁰ PEREZ LUÑO, Antonio, Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho, Ed. Palestra, Lima, 2005, p. 195

⁶¹ HERNANDEZ VALLE; Rubén, Op. Cit., p. 31.

⁶² PEREZ LUÑO, Antonio, Op. Cit., p. 197

Las libertades públicas, por su parte, se refieren a las facultades y situaciones jurídicas de carácter subjetivo, reconocidas y tuteladas por el ordenamiento jurídico, cuya finalidad es garantizar esferas de autonomías subjetivas⁶³.

Las libertades públicas dicho en otro giro, son aquellas que el poder estatal reconoce y protege, aunque se ejerciten en el ámbito de las relaciones privadas (como sería el caso de la libertad, lo que la doctrina norteamericana califica como “civil rights”).

Los Derechos Fundamentales, en cambio, tienen un significado más amplio, pues junto a las tradicionales libertades individuales, abarcan también a los nuevos derechos de carácter social, económico y cultural. Por ello, el concepto de derechos fundamentales es también omnicomprendivo del de libertades públicas. Lo anterior es posible por el carácter histórico de su fundamentación.

En efecto, la fundamentación de los Derechos Fundamentales se encuentra anclada en la historia, lo que permite la formación de enunciados normativos de acuerdo con las transformaciones de las circunstancias del entorno en el cual se desarrolla la vida del hombre. La dignidad humana no es, de ninguna manera, un principio desvinculado de la realidad de la existencia humana. Su afirmación depende de las circunstancias concretas en que el hombre se sitúa. Por consiguiente, conforme vayan cambiando o evolucionando estas circunstancias, los enunciados normativos derivados del principio de dignidad habrán de ir también adecuándose a los nuevos factores. He aquí la explicación de los nuevos derechos, de los derechos de las últimas generaciones.

3.1.3. Aproximación definitoria

En conclusión, los Derechos Fundamentales pueden conceptuarse como aquellos reconocidos y organizados por el Estado, por medio de los cuales el hombre, en los diversos dominios de la vida social, escoge y realiza él mismo su propio comportamiento, dentro de los límites establecidos por el propio ordenamiento jurídico.

La anterior definición tienen varias consecuencias jurídicas inmediatas: *Primero*, los derechos fundamentales deben estar reconocidos por el ordenamiento jurídico, especialmente por la Constitución, aunque en nuestros días, consecuencia del fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos, numerosas legislaciones reconocen los

⁶³ PEREZ LUÑO, Antonio, *Op. Cit* p.199

instrumentos internacionales en esa materia como fuentes formales de los derechos fundamentales.

Segundo: en varios países como Costa Rica, Guatemala, Perú esta concepción es de recibo, ordenamientos en los que se consideran derechos fundamentales a los incluidos en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en sus respectivos ordenamientos, por lo que son tutelables en la vía de amparo.

Dentro de este ordenamiento de ideas, los ingleses sostienen que “where there is no remedy there is no right”. Sin tutela judicial no hay derecho. Esta constituye, sin duda alguna, otra característica importante del concepto de derechos fundamentales⁶⁴.

En *tercer lugar*, los derechos fundamentales garantizan siempre a sus titulares áreas irreductibles de acción, ya sea en el plano individual como colectivo.

De esa manera, los ciudadanos son titulares no sólo de los derechos civiles clásicos, sino también de aquellos otros de contenido social, económico y cultural. Dentro de esta segunda categoría se incluyen los denominados “derechos prestacionales”. El ejercicio de este tipo específico de derechos crea obligaciones concordantes para el Estado de dar y hacer y no sólo de abstracción, como es lo característico de las libertades públicas tradicionales.

En cuanto a su eficacia, los derechos fundamentales son vinculantes no sólo para el poder público, incluido el legislador, sino también frente a los demás ciudadanos. En numerosos ordenamientos esta vinculatoriedad de los particulares frente al ejercicio de los derechos fundamentales está garantizada por la existencia del recurso de amparo contra sujetos de Derecho Privado.

3.2. El Derecho y la Argumentación

La teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos que se efectúan argumentaciones, la producción o establecimiento de normas jurídicas podría diferenciarse entre las argumentaciones que se presentan en una fase prelegislativa y las que se producen en la fase propiamente legislativa⁶⁵. Las primeras se efectúan como consecuencia de la aparición de un problema social.

⁶⁴ HERNANDEZ VALLE, Rubén, Op. Cit., p. 33.

⁶⁵ ATIENZA, Manuel, Las razones del Derecho, Teoría de la argumentación jurídica, Palestra, Lima, 2006, p.28.

Otro tipo de argumentaciones surgen cuando un problema pasa a consideración del Parlamento o de algún órgano de la administración, lo haya o no discutido previamente la opinión pública, mientras que en la fase prelegislativa puede considerarse que los argumentos tienen, un carácter más político y moral que jurídico.

Un segundo campo es la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos. Puede decirse que la teoría de la argumentación se centra en las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho.

El tercer ámbito es el de la dogmática jurídica, aquí cabe distinguir tres funciones. La producción del derecho en las diversas instancias en que ellos tiene lugar: suministrar criterios para la aplicación del derecho, y por última ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.

La diferencia entre ambos procesos de argumentación es que mientras que los órganos aplicadores tienen que resolver casos concretos, el dogmático del Derecho se ocupa de casos abstractos.

3.2.1. La deficiente motivación y argumentación en los fallos electorales

Es de pleno conocimiento que uno de los grandes defectos, de los que adolecen las sentencias y resoluciones de nuestro actual sistema de justicia y electoral, es la falta de motivación y argumentación en sus fallos, puesto que no se encuentran en muchos de los casos argumentos con sustentos validos, mucho más aún, aquellos elementos definitorios que llevan al juzgador a tomar determinadas posiciones, con lo cual el justiciable y recurrente en el caso electoral, se ven afectados en sus derechos, no cuentan con argumentos razonables para los mismos, por lo cual se hace necesario el recurrir a vías alternas y legales (amparo) para buscar aquella argumentación que justifique o que lo lleve a la convicción que se administró justicia correctamente, o dejarlo sin argumentos para que pueda acogerse a los fallos emitidos.

3.2.2. Explicar y Justificar

En la filosofía de la ciencia se suele distinguir entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas. Así, por un lado está la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría que, según opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico; lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, lo que constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero, por otro lado, está el procedimiento consistente en

justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez⁶⁶.

La distinción se puede trasladar también al campo de la argumentación en general, y al de la argumentación jurídica en particular, así una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión. Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas.

La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación nos permite, a su vez, distinguir dos perspectivas de análisis: las argumentaciones, la perspectiva de determinadas ciencias sociales, como la psicología social, y por otro lado, está la perspectiva de otras disciplinas que estudian bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado, cabría hablar de una justificación formal de los argumentos y de una material⁶⁷.

La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, en el contexto de justificación de los argumentos, y suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas.

Para entender mejor diremos que el argumento lógico lo entendemos como una implicación o una inferencia lógica o una argumentación válida, conclusión necesariamente es verdadera si las premisas son verdaderas⁶⁸.

Un argumento deductivo es aquel en el que el paso de las premisas a la conclusión no es necesario, sino simplemente probable o plausible.

Y en los que el paso de las premisas a la conclusión no se produce necesariamente se les llama a veces argumentos inductivos o no deductivos. El argumento no tiene carácter deductivo, pues el paso de las premisas a la conclusión no es necesario, aunque sí altamente probable. Si se acepta la verdad de las premisas, entonces hay una razón sólida para aceptar también la conclusión aunque, desde luego, no puede haber una certeza absoluta.

⁶⁶ GASCON ABELLAN, Marina, GARCIA FIGUEROA, Alfonso, La Argumentación en el Derecho, Palestra Editores, Lima, 2005, p.53.

⁶⁷ ATIENZA, Manuel, Op. Cit. p.33.

⁶⁸ GASCON ABELLAN, Marina, GARCIA FIGUEROA, Alfonso, Op. Cit. p.62.

En los casos jurídicos simples o rutinarios puede considerarse que la labor argumentativa del juez se reduce a efectuar una inferencia, pero naturalmente además de casos simples hay también casos difíciles.

3.3. El Proceso Justo

3.3.1. La dignidad del ser humano como valor supremo y fundamento del ordenamiento jurídico político.

No podemos empezar nuestro estudio sobre el proceso justo dentro de los derechos fundamentales, sin poner de manifiesto que uno de los rasgos más importantes del constitucionalismo moderno y del derecho internacional de nuestro tiempo es la elevación de la dignidad del ser humano a la categoría de valor jurídico supremo del conjunto ordinamental (ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbitos socioculturales bien dispares), pues más allá de los totalitarismos que niegan esa supremacía (y que históricamente están condenados al fracaso), así como de los graves atropellos que se siguen produciendo contra el hombre, el mundo actual se preocupa por defender la dignidad del ser humano y en promover sus principales derechos.

En el Perú el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la dignidad del ser humano como fuente de los derechos inherentes al hombre, ha señalado que:

“La persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, (...); se hallan protegidos inclusive, a través de Tratados Internacionales que obligan al Perú, porque en ellos se funda la legitimidad moral de toda autoridad”⁶⁹.

En base a lo anterior, la creación, interpretación o aplicación de las normas jurídicas, y de todo acto jurídico en general, deben hacerse en consonancia con los valores y principios que la sociedad pretende realizar, o que la pueden conducir a ser una sociedad mejor (más justa, más solidaria, más reconciliada), especialmente con la dignidad del ser humano y con los valores y derechos que se derivan de ella (sin dejar de lado sus correspondientes deberes). Al mismo tiempo, esa creación, interpretación o aplicación de la norma jurídica no puede dejar de lado la realidad social en que se engendró, sea para regularla o para transformarla. Nos interesa resaltar, por tanto, que detrás de cada norma hay siempre valores o principios que la inspiran y la determinan, los cuales deben ser tomados en cuenta

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú emitida el 6 de agosto de 1996 en el Exp. N° 318-96-HC/TC (Primer fundamento), publicada en: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. T. I., periodo 96-97, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 103.

al momento de interpretar o aplicar la norma a la realidad que pretende regular o transformar.

Consecuentemente, el proceso para ser justo, no puede ser ajeno a la supremacía de la dignidad humana, a los valores y derechos que derivan de ella (con sus correspondientes deberes), ni a la realidad social donde se desarrolla, sino por el contrario, debe ser visto y desarrollado como un instrumento al servicio del hombre –y no el hombre al servicio del proceso- para la defensa y efectividad de sus derechos, así como para alcanzar la paz social y la justicia⁷⁰. Conforme a ello, deben superarse las barreras endógenas (como la morosidad en las actuaciones procesales, los purismos formales y los tecnicismos legales irracionales) y las exógenas (como la pobreza, la desigualdad, el desconocimiento de los derechos, la falta de jueces especializados, etc.) que impiden llegar a la justicia concreta.

3.3.2. Fundamentos de la naturaleza del derecho fundamental del proceso justo o debido proceso que justifican su reconocimiento

Fundamentar o justificar un derecho, una norma o una institución implica aportar las razones por las cuales debe ser reconocido por el Derecho positivo. Razones que si bien pueden ser de índole jurídica deben responder a la realidad social donde se desarrolla, a fin de hacerla cada vez mejor, y a la naturaleza del ser humano, con el propósito de asegurar su bienestar y desarrollo a plenitud.

Las razones que justifican la calidad de derecho fundamental del proceso justo, así como su reconocimiento por el Derecho positivo (sin que esto último signifique un requerimiento para su existencia) no pueden estar dirigidas a demostrar su carácter de derecho subjetivo, en detrimento de las posiciones que ven en él a una simple garantía, sino que deben responder a la naturaleza misma del ser humano, a las necesidades que existen o que van apareciendo para el desarrollo de una vida digna, así como a los valores superiores del ordenamiento jurídico político⁷¹.

Conforme a ello, son tres las razones principales que fundamentan la calidad de derecho fundamental del proceso justo, justificar su reconocimiento y nos impulsan a redoblar esfuerzos para lograr su vigencia real o efectiva.

⁷⁰ Todas las libertades son vanas si no pueden ser reivindicadas y defendidas en juicio, si los jueces no son libres, cultos y humanos, si el ordenamiento del juicio no está fundado, él mismo, en respeto de la persona, el cual en todo hombre reconoce una conciencia libre, única, responsable de sí, y por esto inviolable” **CALAMANDRE, Piero**, Derecho Procesal Civil, Obra compilada y editada, Traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfonso, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996, p. 236.

⁷¹ **HUERATA GUERRERO, Luís**, Jurisprudencia Constitucional e Interpretación de los Derechos Fundamentales, en Comisión Andina de Juristas, - Derechos Fundamentales e Interpretación constitucional - Ensayos, jurisprudencia- Serie: Lecturas sobre temas Constitucionales Nº 13, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1997, p.56.

En primer lugar, **la dignidad del ser humano** que, como valor supremo del ordenamiento jurídico político, exige que el ser humano (sea en forma individual o como integrante de un grupo, de una persona jurídica o de un patrimonio autónomo, e incluso como concebido en tanto ya es vida humana y sujeto de derecho) pueda acceder a un proceso o procedimiento útil para solucionar o prevenir sus conflictos de tal manera que se impida y proscriba el ejercicio ilegítimo de las acción directa. Tal dignidad exige además que el inicio, desarrollo y conclusión de cualquier proceso o procedimiento, así como las decisiones que en ellos se emitan sean concordantes en todo momento con la naturaleza humana.

Un segundo fundamento que sustenta la naturaleza de derecho fundamental del proceso justo o debido proceso y hace imperativo su reconocimiento, lo encontramos en **el valor justicia**, pues al ser un valor superior del ordenamiento cuenta con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía, lo cual hace que su eficacia alcance y deba alcanzar a todo tipo de procesos o procedimientos. Pues bien, el instrumento mediante el cual el valor justicia se concreta en cada proceso o procedimiento es el debido proceso, ya que el conjunto de derechos que lo integran está encaminado a posibilitar que los sujetos de derecho alcancen la justicia de sus casos concretos a través de un proceso o procedimiento justo, exigiendo que su acceso, inicio, desarrollo y conclusión, así como las decisiones que se emitan, respondan a los preceptos de justicia que la sociedad pretende y debe garantizar para que la conviertan en una sociedad cada vez mejor⁷².

El tercer fundamento que justifica la calidad de derecho fundamental del debido proceso –o proceso justo- y hace imperativo su reconocimiento, se encuentra en la necesidad de garantizar **la supervivencia justa y pacífica** de la comunidad humana. Uno de los medios más importantes e imprescindibles para combatir la amenaza del ejercicio de la acción directa en brindar a la sociedad, y a los sujetos oportuno, confiable y eficaz, que se encuentre al alcance de todos para asegurar la paz social en justicia.

IV. EL PRECEDENTE VINCULANTE Y SU RELEVANCIA JURIDICA

Para entender de mejor forma el concepto de precedente vinculante se hace necesario citar Chamberlain⁷³, quien refiere lo siguiente: “Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y

⁷² Cfr. **BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo**, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, Edit. Ara Editores, Lima, 2001, p. 233.

⁷³ **RODRIGUEZ SANTANDER, Roger**, *El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*, ensayo escrito en, *Estudios al Precedente Constitucional*, libro coordinado por **CARPIO MARCOS, Edgar**, **GRANDEZ CASTRO, Pedro**, Editora. Palestra, Lima, 2007, p. 54.

necesaria para el estableciendo del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o menor rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real”.

La frase “precedente vinculante”, el sustantivo “precedente” hace alusión a una particular fase de la producción normativa, distinta y posterior a aquélla correspondiente al momento de la “configuración dispositiva”, entendida ésta como el acto de incorporación al ordenamiento jurídico de una disposición (constitucional, legislativa, reglamentaria...), es decir, de un texto o enunciado lingüístico, que sirve de factor principal (pero no único) a las subsecuentes fases de producción normativa.

4.1. Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Existe una vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado Peruano.

El Tribunal Constitucional ha considerado que la Ley N.º 28642 vulneró el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3º de la Constitución, toda vez que, no ha permitido cuestionar judicialmente las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, negando la posibilidad de reclamar una eventual afectación de los derechos fundamentales ante un órgano jurisdiccional y, por ende, no susceptibles de ser garantizados mediante un recurso judicial, lo cual resulta contrario a los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos.

Para el TC, la norma cuestionada se opone a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta

Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Así, resulta incompatible con el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y los artículos 8.1º y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y, por extensión, también resulta incompatible con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos.

El Tribunal Constitucional estima que, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales", en los términos del artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto más, cuando las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculadas con la violación del artículo 25º de la Convención y sus opiniones consultivas sobre la misma materia, resultan vinculantes para el Estado peruano, y que al formar parte del ordenamiento jurídico nacional, según el artículo 55º de la Constitución Política del Perú, desconocer dichas resoluciones internacionales podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función, conforme al artículo 99º de la Norma Fundamental.

4.2. El Precedente Constitucional Vinculante y su posición en el sistema de fuentes

Una definición del precedente, refiere lo siguiente: "Una decisión de un tribunal o un juez, tomada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión, pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu

de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real”⁷⁴.

Según lo antes señalado, podemos decir que un tribunal inferior siempre está vinculado por el precedente establecido por sus tribunales superiores. Ante esto se puede decir que la definición es bastante ajustada. En la frase “precedente constitucional vinculante”, el sustantivo “precedente” hace alusión a una particular fase de la producción normativa, distinta y posterior a aquella correspondiente al momento de la “configuración dispositiva”, entendida ésta como el acto de incorporación al ordenamiento jurídico de una disposición, es decir, de un texto o enunciado lingüístico, que sirve de factor principal las subsecuentes fases de producción normativa.

Cuando se habla de precedente, se alude a la regla jurídica que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado y que debe o puede servir par resolver un caso futuro sustancialmente análogo. Dicha norma puede surgir tan sólo de la interpretación o integración directa de las disposiciones pertinentes en la resolución de la causa. En otras ocasiones, surge de su interrupción en clara, directa e imprescindible vinculación con los hechos de la causa.

Por otro lado, el adjetivo constitucional alude a que la regla jurídica considerada precedente surge de la interpretación de disposiciones constitucionales, de disposiciones infraconstitucionales interpretadas de conformidad con aquellas y/o de la evolución de la validez o invalidez de actos u omisiones a la luz de la Constitución. Es decir, para que exista un precedente constitucional, es preciso que las disposiciones constitucionales hayan participado, de forma exclusiva o no, en la creación jurisdiccional de la norma.

Por su parte, el adjetivo “vinculante” hace referencia a la fuerza con la que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros sustancialmente idénticos a aquel en el que fue establecido. La referencia al efecto vinculante de un dato normativo, alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica. La noción de lo vinculante guarda relación con el concepto de fuente de Derecho.

Cabe señalar que hay una diferencia entre el concepto de Jurisprudencia Constitucional Vinculante con el de precedente.

⁷⁴ **MANGALONI, A.**, El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, McGraw Hill, Madrid, 2001, p. 10, nota 22

Ignacio de Otto⁷⁵, decía que la jurisprudencia “es lo que se ha llamado fuente productiva de normas interpretativas” metafuentes que no puede encardinarse en la jerarquía normativa y que viene a dar a todas las normas que integran el ordenamiento jurídico la concreta configuración con la que operan en la práctica”. Es decir, a pesar de que se acepta que los tribunales plasman en sus sentencias normas que con anterioridad al proceso interpretativo o integrativo resultaban inexistentes, no se acepta sin más que ellas puedan ser consideradas como pertenecientes al Derecho vigente, por el sencillo motivo de que su eventual incorporación a éste se produce “no por el hecho de que un tribunal haya tomado la decisión de utilizar un determinado criterio, sino por la reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio.

Entonces cabe afirmar que mientras la Jurisprudencia Constitucional Vinculante emana de las sentencias del TC, su específico surgimiento no se encuentra bajo su control, pues ella es resultado de un precipitado de resoluciones, de una secuencia en la que verdaderamente difícil encontrar su punto concreto de configuración.

Es decir, establecido un precedente, al juez sólo le quedan tres posibilidades: (1) Aplicar la regla del precedente, ello cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares; (2) seguir la regla del precedente, cuando a pesar de que existen diferencias relevantes entre los dos casos, a juicio del tribunal, éstas no justifican un trato jurídico distinto, y por tanto, extiende a través del razonamiento analógico, la regla del precedente al nuevo supuesto, o bien (3) distinguir la regla del precedente, esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto.⁷⁶

Así, queda clara su diferencia con el de Precedente Constitucional Vinculante. Mientras aquella no tiene un momento específico de configuración, es difícilmente identificable con una norma perteneciente al Derecho objetivo y consecuentemente, su efecto vinculante queda sensiblemente relativizado, lo que la sitúa entre las denominadas fuentes-hecho, el precedente constitucional vinculante nace en un momento específico, crea una norma que pasa a pertenecer inmediatamente al Derecho objetivo y su efecto vinculante es pleno.

⁷⁵ DE OTTO, Ignacio, Estudios sobre el Poder Judicial, Edit. Temis, Bogota, 2003, p. 46.

⁷⁶ MANGALONI, A. El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, McGraw Hill, Madrid, 2001, p. 84

V. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL

En relación a la revisabilidad de los fallos electorales por parte del Tribunal Constitucional, este órgano ya ha realizado control constitucional sobre dichos fallos en diversas oportunidades, no siendo la primera vez con el caso Castillo Chirinos, más aún esta revisión y obligatoriedad de contar con un recurso rápido, sencillo y eficaz que garantice los fallos con efectivo respeto a los derechos fundamentales y sobretodo que exista los mecanismos necesarios para un adecuado respeto al debido proceso.

Es por ello que el tema de la revisión de los fallos no es reciente, existiendo diversos pronunciamientos por parte del TC y más aún de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.1. Proceso de Susana Higuchi Fujimori

El 2 de febrero de 1995, la señora Susana Higuchi Miyagawa de Fujimori denunció ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷⁷, que la República del Perú a través del Jurado Nacional de Elecciones había violado, en perjuicio de ella, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al impedirle en forma arbitraria e ilegal, que se postulase como candidata por la Agrupación Independiente "Armonía Frempol" al Congreso Constituyente Democrático del Perú. La reclamante alega que los hechos denunciados cercenaron, asimismo, el derecho de cientos de miles de ciudadanos peruanos que habrían votado por ella.

En sí la reclamante sostenía que las Resoluciones No. 033-95 y 037-95 del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) vulneraron su derecho de participación política, porque le impidieron intervenir en el proceso electoral. Ante esto la Agrupación interpuso recurso de nulidad ante el JNE, en pleno ejercicio del derecho de defensa, pero fue denegado. La improcedencia declarada, desconoce lo dispuesto en su artículo 86, por la propia la Ley Orgánica Electoral, que dice: cualquier deficiencia en los expedientes de presentación podrá ser subsanada por los partidos o agrupaciones independientes o alianzas o listas independientes, por notificación del Jurado Nacional de Elecciones dentro de los cinco días siguientes de serles comunicada la observación.

Ante esto, la agrupación "Armonía - Frempol" interpuso los recursos internos existentes contra la resolución que declara la improcedencia de la solicitud de inscripción. Según la reclamante, no existe en el ordenamiento jurídico peruano un recurso judicial "efectivo" que

⁷⁷ Pagina Web de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos. www.cidh.com Susana Higuchi Miyagawa v. Peru, Caso 11.428, Informe No. 119/99, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 rev. at 1262 (1999).

pudo haber interpuesto contra dicha resolución. De ahí que se encontrara en la situación prevista por el artículo 46(2)(a) de la Convención, al no existir en la legislación interna un recurso judicial breve y sencillo para la protección de los derechos violados en su perjuicio.

La Comisión observa que el artículo 86 de la Ley Orgánica Electoral no establece limitación alguna al plazo de cinco días dentro del cual los partidos o agrupaciones pueden subsanar las deficiencias y que el caso en comentario, resulta arbitraria la decisión tomada por el JNE. La Comisión considera que un aspecto esencial derivado del debido proceso, el derecho a que examine o se reexamine, la legalidad de toda decisión que le imponga a una persona un gravamen irreparable o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales.

En el presente caso, las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano implican que cualquier decisión adoptada por el JNE y que pueda afectar los derechos políticos consagrados en la Convención, no son revisables y por tanto no protegibles en el Derecho Interno, al estar estipulado ello en forma indirecta en el texto constitucional nacional. No obstante, lo anteriormente señalado no modifica la conclusión de la Comisión respecto a que el Estado violó en perjuicio de la víctima los derechos consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención, conforme a las demás razones contenidas en el informe del caso en mención.

Del análisis de los fundamentos de la sentencia del Tribunal destacamos⁷⁸:

- El Ordenamiento Peruano no permite la revisión de lo resuelto por el JNE en materia electoral. Esto debido a la norma expresa contenida en el artículo 181 de la Constitución, respecto a los derechos políticos de los ciudadanos verbigracia, elegir o ser elegidos, en cuyo caso, no procede revisión alguna, en razón de que se ha dictado en instancia final, definitiva y no revisable, concordando dicha disposición con el artículo 142 de la misma Carta Magna.
- A las normas que prohíben la revisión de lo resuelto por el JNE, la Comisión señala que, la legalidad de toda decisión que le imponga a una persona un gravamen irreparable o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales como es, en este caso, el derecho contemplado en el artículo 23 de la Convención.

⁷⁸ Susana Higuchi Miyagaw a v. Peru, Caso 11.428, Informe No. 119/99, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 rev. at 1262 (1999).

- Independientemente de la modalidad de administración electoral, debe garantizar que las decisiones que aquélla adopte y que puedan violar los derechos políticos consagrados en la Convención, sean objeto de un recurso efectivo ante jueces o tribunales (artículo 25 de la Convención) , o al menos, de un recurso efectivo ante la propia autoridad electoral.
- Cualquiera que fuese la jerarquía que el ordenamiento jurídico peruano le atribuya a los Tratados Internacionales, es importante recordar que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impide invocar normas de derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional.

Vemos ya en el presente caso que ya se hace necesario un adecuado estudio de la procedencia de la necesaria revisión de los fallos electorales por parte de otro organismo diferente al JNE, más aún que el mismo proceso que es tramitado ante el mismo JNE, no cumple con los requisitos formales de un proceso justo en irrestricto cumplimiento de los derechos fundamentales.

5.2. El caso Juan Genaro Espino Espino

Con fecha 30 de octubre de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra el Presidente y miembros titulares del Jurado Electoral Especial de Ica⁷⁹, con el objeto que se disponga su inscripción como candidato a la Alcaldía Distrital de San Juan Bautista, provincia y departamento de Ica, en la lista del Partido de Reconstrucción Democrática; que se deje sin efecto la Resolución del Jurado Electoral Especial de Ica, por la que se declara fundada la tacha interpuesta contra su candidatura y se le excluye de la lista en la que participa; y que se disponga que el Jurado Electoral Especial de Ica autorice su habilitación en la lista del Partido de Reconstrucción Democrática y su condición de candidato en el referido proceso electoral.

El perjuicio que alega es la aplicación el artículo 8° , parágrafo 8.1), inciso c) de la Ley N.° 26864, modificada por la Ley N.° 27734, cuyo texto prescribe que no pueden ser candidatos en las elecciones municipales los comprendidos en los incisos 7), 8) y 9) del artículo 23° de la Ley Orgánica de Municipalidades. Refiere que dichas normas, sin embargo, no pueden ser de aplicación a su caso, pues se refieren a procesos civiles que tengan los candidatos contra las municipalidades, pero no a procesos penales, donde rige el principio de presunción de inocencia durante la etapa de investigación, como sucede en su caso, criterio que por lo demás ha sido seguido por el Jurado Nacional de Elecciones a través de diversos

⁷⁹ Exp. Nro. 2366-2003-AA/TC, Ica, Juan Genaro Espino Espino

pronunciamientos. El Jurado Electoral Especial de Ica, sin embargo y a pesar de lo señalado, violando todo tipo de derechos fundamentales, ha expedido la resolución cuestionada mediante la cual declara fundada la tacha interpuesta contra su candidatura.

El Presidente del Jurado Electoral Especial de Ica contesta la demanda negándola y contradiciéndola, por considerar que el demandante carece de legitimidad para obrar, ya que si se ha perjudicado a una agrupación política, quien puede recurrir es únicamente el personero de la lista y no personas en particular, lo que también es aplicable si se acude al Poder Judicial. Refiere que el petitorio es jurídicamente imposible, ya que el proceso electoral al que se refiere el recurrente ya se llevó a cabo y no puede inscribirse o reinscribirse una candidatura cuando ya vencieron todos los plazos; agrega que las tachas son resueltas en instancia única como ha sucedido en el presente caso, siendo el Jurado Nacional de Elecciones el único competente para resolver en materia electoral, y sus resoluciones son absolutamente irrevisables.

El Primer Juzgado Civil de Ica, con fecha 14 de febrero de 2003, declaró improcedente la demanda, por considerar que las elecciones municipales en las cuales pretendió participar el actor ya se realizaron.

Para el Tribunal Constitucional y tal como lo reconoce el recurrente, el proceso electoral para el cual éste pretendía postular, fue realizado con fecha 17 de noviembre de 2002, por lo que el petitorio solicitado resulta materialmente imposible de cumplir, resultando irrelevante dentro de dicho contexto que la lista en la cual participaba el mismo demandante haya sido o no la ganadora, puesto que no ha existido participación efectiva del interesado. En tales circunstancias y aun cuando este Colegiado pueda tener su propia apreciación sobre el fondo de la controversia, no le queda otra alternativa que la de aplicar la previsión contemplada el inciso 1) del artículo 6° de la Ley N.° 23506, dejando expresa constancia que la sustracción de materia producida en este caso no es porque la violación a los derechos haya cesado, sino porque los derechos invocados como vulnerados se han tornado irreparables.

El Tribunal Constitucional establece:

“...no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales. En efecto, aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el JNE, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el

cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo”⁸⁰.

Queda absolutamente claro que, cuando resoluciones como las emitidas en sede judicial, pretenden apoyarse en un criterio consistente en una ausencia de mecanismos de control o fiscalización jurisdiccional, se incurre en una lectura no sólo sesgada sino unilateral de la Constitución, porque se pretende adscribir los organismos electorales a una concepción de autarquía funcional opuesta a la finalidad de respeto a la persona que, desde una perspectiva integral, postula la misma Norma Fundamental.

“... Ante un ejercicio irregular en una función conferida a un organismo del Estado, procede el control constitucional, cabe precisar, como pautas de observancia obligatoria, y especialmente por lo que respecta a las materias electorales, las siguientes: a) en aquellos casos en los que, como consecuencia de una tacha formulada contra un candidato a alcalde o regidor municipal, ésta es declarada fundada, no puede ni debe interpretarse dicha decisión como de un pronunciamiento definitivo y por tanto irrecurrible en la misma sede electoral. Esta interpretación tiene su fundamento en tres razones esenciales. En primer término, debe tenerse en cuenta que lo que se está afectando es, en el fondo, el derecho de participación ciudadana y, por tanto, existe la ineludible necesidad de tomar las precauciones suficientes para que tal decisión realmente responda a circunstancias totalmente objetivas. En segundo, todo pronunciamiento que afecte derechos fundamentales necesariamente debe contar con la posibilidad de ser recurrido ante una autoridad diferente de quien lo tomó, como garantía de instancia plural o expresión de un auténtico proceso debido. Y, finalmente, el JNE, máxima instancia en sede electoral, ha venido conociendo de diversos reclamos en los que se ha pronunciado como segunda instancia respecto de tachas contra candidatos a alcaldes o regidores, como se puede apreciar de jurisprudencia uniforme y reiterada emitida por dicho organismo; b) cuando, a la luz de lo señalado por el máximo órgano de justicia electoral, existe jurisprudencia sobre determinada materia y, además, uniforme y reiterada, resulta inadmisibles que, aduciendo, una supuesta imposibilidad de recurrir a dicha instancia, un órgano de justicia electoral inferior pueda desvincularse de los criterios o pautas interpretativas señaladas por su superior, tanto más cuando incidan directamente sobre el ejercicio de derechos fundamentales. O el Jurado Nacional de Elecciones es la máxima instancia en sede electoral y, por lo tanto, sus decisiones asumen una línea directriz que al resto de órganos electorales corresponde seguir o, simplemente, carece del poder de sentar pautas jurisprudenciales; c) el criterio según el cual no puede privarse del derecho de participación a quien se encuentre sometido a un proceso penal, no sólo resulta de observancia obligatoria por cumplir con la característica de vinculación antes señalada, sino porque responde a una lectura de la Constitución compatible con su cuadro de valores materiales, conforme a la cual, toda persona es considerada inocente mientras su responsabilidad no quede acreditada fehacientemente, lo que supone la existencia de una sentencia definitiva expedida como corolario de un proceso penal justo o debido”⁸¹.

Por consiguiente y al margen de que en el presente caso no pueda retornarse las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos reclamados, este Colegiado, considera que, al haberse producido la irreparabilidad de los derechos afectados por la conducta funcional de las autoridades del Jurado Especial Electoral de Ica, quienes, al margen de haber declarado fundada la tacha contra el recurrente e impedido su participación en el proceso electoral de noviembre del 2002 no le concedieron el recurso de apelación que solicitó, alegando su supuesta condición de instancia única, ni tampoco tomaron en cuenta lo resuelto en jurisprudencia reiterada por el JNE.

⁸⁰ Exp. Nro. 2366-2003-AA/TC, Fundamento 034

⁸¹ Exp. Nro. 2366-2003-AA/TC, Fundamento 43

5.3. El caso Pedro Andrés Lizama Puelles

Con fecha 27 de diciembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el JNE⁸², con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N.º 315-2004-JNE, de fecha 17 de noviembre de 2004, por considerar que vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

Manifiesta que mediante acuerdo, el Concejo Municipal de la Municipalidad Distrital de Canchaque-Piura, declaró improcedente la solicitud de vacancia en el cargo de Alcalde municipal, por causal de nepotismo, formulada en su contra por un ciudadano. El 20% de los miembros hábiles del Concejo solicitaron la reconsideración del acuerdo, la cual fue declarada improcedente mediante una Resolución de Alcaldía, con lo que quedó agotada la vía administrativa. En consecuencia, esta última resolución sólo podía ser impugnada en un proceso contencioso administrativo, a pesar de lo cual el JNE ha declarado fundado un recurso de apelación interpuesto contra ella, ordenando su inmediata vacancia en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque.

El Quinto Juzgado Civil de Piura, declaró infundada la demanda, por considerar que el JNE ha actuado de conformidad con el artículo 23º de la LOM y sin afectar el derecho al debido proceso.

Planteado de este modo el problema, lo primero que debe indicarse es que, a juicio del Tribunal Constitucional, los artículos 142º y 181º de la Constitución, instituyen a una resolución del JNE como una zona exenta de control constitucional y, consecuentemente, exceptuada de ser sometida a una evaluación de validez constitucional mediante el proceso de amparo previsto en el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución.

“...Resulta evidente que una lectura aislada se llega a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca ha sido ni será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada. No hay duda que una interpretación literal y aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, concluirá en que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución en materia electoral expedida por el JNE, es inatacable jurisdiccionalmente; es decir, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona”⁸³.

Para el Tribunal Constitucional sostener que tal interpretación resulta manifiestamente inconstitucional se debe porque, lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconoce la limitación que dicho contenido

⁸² Exp. Nro. 5854-2005-PA/TC

⁸³ Exp. Nro. 5854-2005-PA/TC, Fundamento 23.

representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, incluyendo, desde luego, los que efectúe el JNE.

Si bien es cierto que el JNE es el máximo órgano de administración de justicia electoral del país, no lo es menos que, como cualquier otro poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31°, in fine, de la Carta Fundamental.

Insistir en una interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, pretendiendo que las resoluciones del JNE en materia electoral están exceptuadas de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, supondría incurrir en una manifiesta irresponsabilidad, ya que situaría al Estado peruano ante la cierta e inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención. No sólo es facultad, sino deber de este Tribunal y del Poder Judicial impedir ello, mediante una adecuada interpretación. Estos artículos tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de corrección funcional ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

En cuanto a la apelación contra la resolución de Consejo que declaró improcedente la solicitud de reconsideración del Acuerdo de Concejo, y que debió ser dirimida en un proceso contencioso administrativo y no por el JNE, el TC señala que la pretensión del recurrente carece de todo sustento constitucional. En efecto, sucede que en desarrollo del inciso 6) del artículo 178° de la Constitución, el artículo 23° de la LOM, establece que los recursos de apelación contra los Acuerdos de Concejo Municipal que resuelven la reconsideración planteada contra una decisión del propio Concejo, pero en caso de una solicitud para vacar al Alcalde o regidores, estas son resueltas por el JNE.

Del análisis de los fundamentos de la sentencia del Tribunal destacamos:

- El Fundamento 33, para el Tribunal Constitucional el conflicto, no reside en las disposiciones 142° y 181° de la Constitución, sino en la inconstitucional interpretación y consecuente aplicación literal y aislada que de ellas pretenda hacerse.

- De conformidad con los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, este Colegiado se reafirma, el inciso 8) del artículo 5º del CPCConst., al establecer que son objeto de control constitucional las resoluciones del JNE que violen la tutela procesal efectiva.
- No es menos cierto que la seguridad jurídica, que ha sido reconocida por este Tribunal como un principio implícitamente contenido en la Constitución, es pilar fundamental de todo proceso electoral. En efecto, siendo que los procesos electorales ostentan plazos perentorios y preclusivos, y que una de las garantías para la estabilidad democrática es el conocimiento exacto y oportuno del resultado de la voluntad popular manifestada en las urnas (artículo 176º de la Constitución), no es factible que, so pretexto del establecimiento de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, se culmine por negar la seguridad jurídica del proceso electoral, y con ella, la estabilidad y el equilibrio del sistema constitucional en su conjunto (principio de interpretación constitucional de concordancia práctica).

5.4. El caso Arturo Castillo Chirinos

El recurrente, interpone demanda de amparo contra el JNE⁸⁴, con la finalidad de que se declare la nulidad de la Resolución N.º 156-2005-JNE, emitida en el procedimiento de vacancia, mediante la cual se declaró su vacancia en el cargo de Alcalde del Concejo Provincial de Chiclayo, pues considera que vulnera el derecho fundamental al debido procedimiento administrativo y a la debida motivación de las resoluciones y contraviene la proscripción de avocamiento a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.

Refiere que asumió el cargo de Alcalde el 1 de enero de 2003; que la solicitud de vacancia en el cargo presentada por don Rodolfo Elías Guerrero Barreto fue declarada improcedente mediante Acuerdo de Concejo, de fecha 3 de marzo de 2005; que dicho Acuerdo fue impugnado mediante recurso de apelación ante el JNE, sin que previamente se haya interpuesto recurso de reconsideración ante el propio Concejo, tal como lo exige el artículo 23º de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, motivo por el cual debió haber sido declarado improcedente, y que el JNE no se pronunció sobre este aspecto en la resolución que declaró su vacancia, motivo por el cual se ha vulnerado su derecho fundamental a la obtención de una resolución debidamente motivada.

⁸⁴ Expediente N° 2730-2006-PA/TC

Asimismo, el JNE lo vacó en el cargo por considerar que en su contra existía una sentencia judicial emitida en última instancia por delito doloso. Empero al emitir la resolución cuestionada, el JNE tenía conocimiento de que en el momento de dictarse la sentencia condenatoria, se encontraba en trámite ante la Corte Suprema de la República un incidente de recusación planteado contra el juez que la emitió, y que se había concedido el recurso de nulidad interpuesto contra ella. En tal sentido, considera que el JNE se avocó indebidamente a una causa que aún se encontraba pendiente de ser resuelta ante el Poder Judicial, considerando firme una sentencia judicial que adolecía de dicha calidad.

Sostiene que la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque informó al JNE que la causa penal aún se encontraba en trámite, a pesar de lo cual éste procedió a emitir la resolución cuya nulidad se solicita, lo cual acredita que no se ha actuado de modo imparcial. Refiere que su demanda resulta plenamente procedente porque el Tribunal Constitucional ha establecido, en reiterada y uniforme jurisprudencia, que ningún órgano del Estado que viole la Constitución puede encontrarse exento de control constitucional.

El Cuarto Juzgado Civil de Lambayeque, declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar y fundada la demanda, por considerar que al no haberse exigido la interposición de recurso de reconsideración contra el Acuerdo del Concejo antes de interponer el respectivo recurso de apelación ante el JNE, se ha afectado el derecho fundamental al debido proceso. Asimismo, consideró afectado el derecho fundamental del recurrente a la tutela jurisdiccional efectiva, pues el JNE declaró su vacancia en el cargo de Alcalde cuando aún se encontraba en trámite el recurso de queja presentado ante la Corte Suprema, es decir, cuando aún no existía sentencia condenatoria en última instancia.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por considerar que habiendo entrado en vigencia la Ley N.º 28642 el 8 de diciembre de 2005, modificatoria del artículo 5º 8 del Código Procesal Constitucional, existe un “nuevo contexto procesal”, siendo improcedentes los procesos constitucionales contra resoluciones del JNE en materia electoral.

El criterio del Tribunal Constitucional con relación a la procedencia de las demandas interpuestas contra las resoluciones del JNE que vulneran los derechos fundamentales de la persona humana no sólo ha sido absolutamente uniforme, sino, además, reiterado. Este supremo intérprete de la Constitución ha establecido que ningún poder público que, mediante acto u omisión, se aparta del contenido normativo de los derechos fundamentales, se encuentra exento del control constitucional.

“...A criterio de este Tribunal, al considerar aplicable la ley N.º 28642 al caso, la Sala debió tener presente, cuando menos, lo siguiente: A) La procedencia de las demandas de amparo contra las resoluciones del JNE que violen derechos fundamentales no deriva de lo que una norma infraconstitucional pueda determinar, sino de una adecuada interpretación de la propia Constitución del Estado, B) cuando el artículo 138º de la Constitución dispone que “de existir una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”, no otorga una facultad a la judicatura, sino que le impone un deber, de modo tal que su fidelidad a la ley se desvanece cuando ésta resulta contraria a los principios, valores y/o derechos constitucionales C) entre el Poder Legislativo y el Poder Jurisdiccional no existe una relación de jerarquía a favor del primero; se trata de dos poderes de idéntico rango, con competencias separadas pero complementarias, al servicio de la Constitución; una interpretación distinta haría sucumbir el principio de supremacía constitucional, reinstitucionalizando el de soberanía parlamentaria, y negando, en consecuencia, los fundamentos mismos del Estado Constitucional”⁸⁵.

Cuando el recurrente presentó la demanda, el primigenio artículo 5º 8 del CPConst reconocía expresamente la procedencia de las demandas de amparo contra las resoluciones del JNE que violen la tutela procesal efectiva. Así las cosas, la variación de una regla de procedencia dirigida a proscribir de modo absoluto la procedencia de las demandas de amparo contra las resoluciones del JNE, resultaba manifiestamente restrictiva con relación a los presupuestos procesales existentes al momento del inicio de la causa, por lo que su posterior variación no resulta aplicable a este proceso. Una interpretación contraria afectaría los derechos fundamentales del recurrente al procedimiento predeterminado por la ley y de acceso a la justicia, como manifestación implícita de la tutela jurisdiccional efectiva.

Elementos a considerar:

- El Estado peruano no sólo ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que, en observancia de su artículo 62.1: “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”, mediante instrumento de aceptación, ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido
- Artículo 29.b de la Convención proscribire a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Ello significa, por ejemplo, que los

⁸⁵ Expediente N° 2730-2006-PA/TC

derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte

5.5. De la Acción de Inconstitucionalidad del Colegio de Abogados del Callao

El Colegio de Abogados del Callao⁸⁶ interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo único de la Ley N.º 28642, modificatoria del artículo 5º, numeral 8), de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional. Sustenta la demanda manifestando que la cuestionada ley pretende la desvinculación del JNE a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce, convirtiendo en irrevisables sus resoluciones en materia electoral, al margen de la violación constitucional en la que éstas puedan incurrir. En tal sentido, la ley no solo plasma una indebida interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución, sino que incurre en una abierta contradicción con los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional, que es el órgano de control de la Constitución por mandato expreso de su artículo 201º.

Asimismo, expresa que la Ley N.º 28642 es manifiestamente contraria a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados sobre Derechos Humanos, y que resulta inconstitucional que una ley no permita cuestionar judicialmente la arbitrariedad de un órgano del Estado, tanto más, cuando esa arbitrariedad está relacionada con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, resulta vulneratoria del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocida por el artículo 139.3º de la Constitución.

Antes esto el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y manifiesta que la irrevisabilidad de las resoluciones del JNE no parte de la Ley N.º 28642, sino de los artículos 142º y 181º de la Constitución. Expresa que la ley no incurre en una interpretación aislada de las referidas disposiciones de la Carta Fundamental, pues de ellas se desprende que el JNE es el órgano jurisdiccional competente en materia electoral, cuyas resoluciones tienen una característica especial.

Señala que de no existir la causal de improcedencia cuestionada, y debido a las diversas etapas del proceso electoral se produciría un retraso del proceso electoral. En ese sentido, el objeto de la Ley N.º 28642 es precisamente impedir tal retraso, al igual que la finalidad que tienen los artículos 142º y 181º de la Constitución.

⁸⁶ Sentencia expedida N° 007-2007 –AI-TC

Finalmente, señala que no se desnaturaliza la finalidad del proceso de amparo, pues no logra reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales, sino que sólo serviría para determinar responsabilidades, lo cual también sería difícil de concretarse, pues en dicho proceso la actividad probatoria es mínima. En tal sentido, si no logra cumplir su finalidad, considera que no puede ser considerada una vía satisfactoria, pues no va a poder proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación.

El Jurado Nacional de Elecciones alega que el Colegio de Abogados del Callao carece de legitimidad para obrar, esto es, para interponer la demanda de inconstitucionalidad y ser parte en el proceso. Sustenta su argumento manifestando que la materia relacionada con la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley N.º 28642 no es de su especialidad, pues la finalidad de dicho Colegio Profesional es la de agremiar a los abogados que ejercen la profesión en el Distrito Judicial del Callao, según lo establece el artículo 4º de sus Estatutos.

A consideración del TC estimó pertinente pronunciarse respecto de la supuesta falta de legitimidad para obrar del Colegio de Abogados del Callao, esto no constituye una materia nueva para este Colegiado, toda vez que en la resolución recaída en el Expediente N.º 0005-2005-AI/TC ya se pronunció sobre el particular, que en el Considerando N.º 3 señala:

“La razón que justifica que la Constitución haya otorgado estas facultades a los colegios profesionales radica en que, debido a la particularidad, singularidad y especialidad de los conocimientos científicos y técnicos que caracterizan a las diferentes profesiones, estas instituciones se sitúan en una posición idónea para poder apreciar, por una parte, si una determinada ley o disposición con rango de ley vulnera disposiciones de la Norma Fundamental. El caso de los Colegios de Abogados constituye un supuesto especial. Debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley”⁸⁷.

En cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales el TC considera que nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de Derechos Humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.

⁸⁷ Sentencia expedida N° 007-2007 –AI-TC

En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto el TC opina que, en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular haya sido manifestada en las urnas.

Al TC, no le queda más que ratificar que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. Así lo ha reconocido también el abogado del Jurado Nacional de Elecciones.

Por estas consideraciones, el TC no comparte la tesis del JNE, en el sentido de que sus resoluciones agotan la jurisdicción interna, toda vez que pretende convertir a la CIDH en una segunda instancia, debiendo tener presente, además, que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos constituye un mecanismo supletorio o residual que sólo debe operar cuando no existan remedios internos, que en el caso del Perú lo constituye el proceso de amparo, siendo obligación del Estado peruano adecuar su derecho interno a los principios derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal considera que la norma acusada de inconstitucional vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, toda vez que, conforme se ha expuesto, no permite cuestionar judicialmente las resoluciones del JNE, negando la posibilidad de reclamar una eventual afectación de los derechos. Lo que conduce a rechazar la idea de que el único control que admiten, según el JNE, como último mecanismo, es el de la opinión pública.

Queda claro que la cuestionada disposición se opone a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales. Estima también que no cabe en ninguna circunstancia, desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier

otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.

Elementos a considerar:

- Artículo 8.1º de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole”.
- Inciso 1 del artículo 25º de la Convención señala que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.
- Artículo 25º de la Convención Americana señala que el proceso de amparo constituye un recurso efectivo frente a una eventual violación de los derechos fundamentales por parte del Jurado Nacional de Elecciones.
- Los artículos 8º y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen, respectivamente, el derecho a las garantías judiciales y a un debido proceso, así como a que exista un mecanismo procesal de protección y, a que éste sea efectivo. Es decir, estos artículos no prejuzgan sobre el fondo del asunto que se somete a la jurisdicción interna.

En razón de las sentencias mencionadas podemos ver que la revisabilidad de los fallos electorales se han vendido dando y no han creado consecuencias funestas, salvo las reacciones presentadas por la sentencia Castillo Chirinos, las mismas que se dieron por la decisión del Tribunal Constitucional de reponer al apelante, el caos social generado en ese momento a razón de la autoridad que asumía nuevamente el cargo, se dio a razón que la autoridad en ese momento no quería dejar el cargo, azuzando a la población que lo apoyaba a tomar medidas de fuerza mayor para evitar la entrega de cargo, creándose allí un enfrentamiento de intereses políticos, no siendo esto la naturaleza ni finalidad de los fallos constitucionales, sino que los mismos se basan en un irrestricto cumplimiento a los derechos fundamentales, lo cual debe ser entendido y cumplido por los pasivos de dichos fallos.

Este recuento de resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional en torno a los fallos electorales deviene de algunas deficiencias en el sistema electoral, el mismo que debe ser

revisado y en muchos de los casos modificado, siendo que en la presente investigación, en el siguiente capítulo, realizaremos dicho análisis planteando algunas propuestas de reforma constitucional para dar solución al presente problema.

VI. REVISANDO BREVEMENTE LA LEGISLACION COMPARADA

Procedemos a hacer un pequeño recuento de la legislación de algunos países que desarrollan en forma similar y distinta los procesos electorales, como también la tratativa de la revisión de los fallos de estos entes⁸⁸.

En el caso italiano no puede ser muy útil, en cuanto en Italia (como también en ningún país europeo) no existe un órgano como el JNE, que sea última instancia en materia de elecciones y la Corte Constitucional no tiene competencia en esta materia. Las controversias en materia de elecciones son objeto de competencia del juez administrativo y de manera solo eventual el caso puede llegar frente a la Corte Constitucional en cuanto conflicto de atribuciones o bien en cuanto control de constitucionalidad⁸⁹.

Respecto a España las decisiones de la Junta Electoral Central, que es funcionalmente un órgano independiente y una administración consultiva que orgánicamente depende de las Cortes Generales, se pueden recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa, Sala correspondiente del Tribunal Supremo, por supuesto, también vía amparo según la Constitución -que no hace excepciones a la vigencia de los derechos fundamentales en su Art. 53- y la Ley Orgánica de Régimen Electoral General ante el Tribunal Constitucional invocando derecho fundamental de sufragio pasivo Art. 23.2 CE. Tanto las resoluciones sobre proclamación de candidatos como las de proclamación de electos al acabar las elecciones.

En América Latina, como sabes, la exclusión de la acción de amparo contra los actos de las autoridades electorales está en cambio expresamente prevista, además de en el Perú, en Costa Rica, México, Nicaragua y Uruguay.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica dispone en su artículo 30^o, que no procede el amparo "contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral".

⁸⁸ TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny, Op. Cit. p. 206.

⁸⁹ Senteza N° 29 Anno 1993, Corte Costituzionale

En México, el artículo 73, VII de la Ley de Amparo dispone que el juicio de amparo sea improcedente "contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral"

En Nicaragua, el artículo 51,5 de la Ley de Amparo dispone que no procede el recurso de amparo "Contra las resoluciones dictadas en materia electoral" .

En Argentina, no existe un Jurado Nacional de Elecciones, sino que la autoridad máxima es la Cámara Nacional Electoral, la misma que se encuentra regulada por la Ley N° 19.108, que sería algo similar a una Corte Superior. Sus decisiones son revisables por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto máximo órgano judicial y último interprete de las normas constitucionales del país (art. 108 y 116, CN), cuando se alega arbitrariedad o violación de la Constitución⁹⁰. Todos los órganos del Estado, están sujetos a la revisión de sus decisiones, salvo en el caso de las "cuestiones políticas no justiciables" o political questions, en la terminología norteamericana.

En el caso argentino, el control de la cuestión electoral a nivel federal está en manos de la justicia. Los jueces federales de primera instancia son jueces electorales, luego existe en Buenos Aires una Cámara Nacional Electoral en grado de apelación y, finalmente, la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, la cuestión no se da entre dos órganos pertenecientes a ámbitos distintos, en suma, no puede darse un caso como el suscitado en Perú.

En cambio, a nivel provincial, para las elecciones locales (gobernadores y legisladores provinciales, intendentes y concejales municipales, y comisionados comunales) existen Juntas Electorales Provinciales, establecidas por las respectivas Constituciones Provinciales. Sin embargo, se trata de órganos de carácter administrativo y sus decisiones son revisables judicialmente. No existe una cláusula como los artículos 141 y 182 que le otorgue a sus decisiones carácter irrevocable.

En Venezuela no hay acto estatal alguno que este excluido de la posibilidad, que contra el mismo se ejerza una acción de amparo, este procede contra cualquier acto estatal, que provenga de cualquier autoridad u organismo. En Venezuela, las decisiones del Consejo Nacional Electoral son esencialmente impugnables ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, y pueden ser objeto de acciones de amparo, que también se ejercen ante la misma Sala Electoral.

⁹⁰ CNE. Fallo N° 1883/95, <http://www.pjn.gov.ar/cne>

En Bolivia, según el Código Electoral, la Corte Nacional Electoral tiene competencia exclusiva sobre los temas electorales y puede aprobar resoluciones que causan estado, son de cumplimiento obligatorio, irrevisables e inapelables (Art. 28, C.E), esta facultad legal se basa en la autonomía del órgano electoral, establecida en la Constitución (Art. 226). Sin embargo, el órgano electoral puede revisar sus propias decisiones en algunos casos, conforme a la previsión del mismo artículo 28. No obstante el Código Electoral, prevé la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional, siendo que este organismo en los últimos años ha admitido demandas de partidos contra las decisiones del organismo electoral, y en muchos casos ha fallado en contra de ellas, obligando al organismo electoral a revisarlas⁹¹.

Podemos ver en Uruguay, que no existe un Tribunal Constitucional. Las acciones de amparo se tramitan ante Juzgados de primera instancia del Poder Judicial, con eventual apelación ante el Tribunal de Apelaciones respectivo.

El órgano máximo de la Justicia Electoral se denomina Corte Electoral (Ley N° 7690 del 09/01/1924), sus actos no pueden ser objeto de revisión, revocación o anulación, por ningún otro poder del gobierno, ni siquiera por el Poder Judicial.

La ley reglamentaria de la acción de amparo, N° 16.011, dispone en el artículo 1, en lo pertinente: que “La acción de amparo no procederá en ningún caso: ... b) Contra los actos de la Corte Electoral, cualquiera sea su naturaleza...”. A decir del Dr. Eduardo Esteva, dicho solución puede ser de dudosa constitucionalidad, existiendo antecedentes en Uruguay⁹².

⁹¹ Sentencias N°633/2002-R, y 634/2002-R,

⁹² **a)** Resolución del Juzgado Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo, que dio curso a una acción de amparo contra la Corte Electoral ante la Suprema Corte de Justicia, en 1997,
b) La sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 19 de julio de 1999, que desestimó una acción de amparo, invocando el estatuto constitucional de la Corte Electoral (Revista “La Justicia Uruguaya” (“L.J.U.”, tomo 120, caso N° 13.815). La Sentencia expedida al resolver el recurso de apelación, por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° turno (Revista “La Justicia Uruguaya”, (“L.J.U.”), tomo 121, caso N° 13.886).

CAPITULO III

LA NECESARIA REFORMA DEL SISTEMA ELECTORAL Y EL AMPARO
ELECTORAL EN EL PERU

I. LA ADECUADA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Dentro de los dos capítulos anteriores de la presente investigación, hemos podido advertir el conflicto de competencias que existe entre el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) y el Tribunal Constitucional (TC), ello a la interpretación literal de los artículos 141º y 182º de la Constitución, los mismos que han sido la manzana de la discordia originaria de dicho problema. El interpretar las normas jurídicas implica otorgarles un sentido. En el caso de la Constitución, su interpretación adquiere especial importancia pues a través de ella se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política de un país. Además, dada su peculiar característica de norma suprema del ordenamiento jurídico, de su interpretación depende la vigencia de las demás normas, las cuales pueden quedar expulsadas de aquel ordenamiento debido a su inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional cuenta por lo común con un arsenal de pautas interpretativas, en particular en cuanto las llamadas reglas de preferencia, que resultan: a) Contrapuestas y b) Vigencia muchas veces simultánea. Como consecuencia de esto con relación a una norma constitucional concreta, según cuál herramienta sea empleada, el Tribunal está habilitado para arribar a productos y resultados interpretativos distintos⁹³.

Pero se puede empezar diciendo que de acuerdo al diccionario de términos jurídicos, la interpretación " Es la explicación del Sentido de una cosa, especialmente el de los textos⁹⁴.

Algunos autores, partiendo de la definición académica dicen que es la explicación de los textos faltos de claridad, lo que no podría ser del todo cierto, porque la interpretación de los códigos, no explica textos faltos de claridad, sino; que profundizan sus alcances analizando lo que tiene carácter o situaciones concretas, porque dada la riqueza del lenguaje, el sentido literal de las palabras se presenta a

⁹³ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Derechos Fundamentales e interpretación Constitucional, Lima, 1997, p. 12.

⁹⁴ FLORES POLO, Pedro, Diccionario de Términos Jurídicos, Editores importadores S.A., Lima, 2003, p. 123.

numerosas explicaciones, dudas, alternativas, etc. Donde precisamente radica la función del intérprete, buscando la intención del Legislador.

La interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico. De una determinada interpretación de la Constitución, pueden ser expulsadas del sistema jurídico de un país algunas leyes, debido precisamente a la imposibilidad de interpretarlas conforme a los preceptos constitucionales. Esto puede originar asimismo la inconstitucionalidad de otras normas que encuentren en conexión con tales leyes.

Como antecedentes a la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, en especial al tema que nos interesa el inciso 8) del artículo 5º de dicha norma, se dejó claramente establecido que: “No proceden los procesos constitucionales cuando: ...Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, *salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva*”⁹⁵.

La naturaleza del artículo mencionado, era dejar establecido a tono de jurisprudencia constitucional, que si bien no era posible cuestionar en abstracto una decisión del Jurado Nacional de Elecciones, ello no significa que dichas decisiones se encontraban exentas de todo tipo de control o fiscalización, en particular la de carácter constitucional, haciendo hincapié el código, en que si se vulnera la tutela procesal efectiva, sí era posible por excepción, la interposición de los procesos de defensa de la norma fundamental, en particular, los de tutela de derechos, siendo así que el Tribunal Constitucional conocería un nuevo proceso en el que se cuestiona una decisión estrictamente electoral.

El JNE ampara la reserva de sus fallos en razón de los artículos 142º y 181º de la Constitución, los mismos que establecen, respectivamente, que las resoluciones del JNE en materia electoral “no son revisables en sede judicial” y que “son dictadas en instancia final, definitiva, y (...) contra ellas no procede recurso alguno”. Del análisis de la sentencia del caso Pedro Lizana Puelles⁹⁶, el supremo intérprete entiende que toda interpretación aislada de los artículos 142º y 181º de la norma fundamental, deviene

⁹⁵ **Código Procesal Constitucional**, *Biblioteca Básica Legal*, Colegio de Abogados de Arequipa, Tomo I, Legislación Peruana General LPG, Arequipa, 2005, p. 116.

⁹⁶ Expediente Nº 5854-2005- PA/TC

en inconstitucional para lo cual establece principios para una adecuada interpretación constitucional...“.

Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.

Tales principios son:⁹⁷

a) El principio de unidad de la Constitución⁹⁸:

Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

b) El principio de concordancia práctica⁹⁹:

En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

⁹⁷ Citado en el Fundamento doceavo Expediente Nº 5854-2005- PA/TC, Cfr. Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47.

⁹⁸ STC 1091-2002-HC, Fundamento 4º STC 0008-2003-AI, Fundamento 5º STC 0045-2004-HC, Fundamento 3º.

⁹⁹ STC 1797-2002-HD, Fundamento 11º, STC 2209-2002-AA, Fundamento 25º, STC 0001-2003-AI/0003-2003-AI, Fundamento 10º, STC 0008-2003-AI, Fundamento 5º, STC 1013-2003-HC, Fundamento 6º, 1076-2003-HC, Fundamento 7º, STC 1219-2003-HD, Fundamento 6º, 2579-2003-HD, Fundamento 6º, STC 0029-2004-AI, Fundamento 15º.

c) El principio de corrección funcional¹⁰⁰:

Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) El principio de función integradora¹⁰¹:

El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e) El principio de fuerza normativa de la Constitución¹⁰²:

La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

Es en base a estos criterios que debe llevarse a cabo la interpretación de los referidos artículos 142º y 181º de la Constitución y no debe hacerse en forma aislada, la misma que deviene en inconstitucional.

II. LA NECESARIA REFORMA DE LA LEGISLACION ELECTORAL

Durante la revisión de los diversos materiales de orden legal y doctrinario para la elaboración de la presente investigación, hemos podido revisar el marco legal respecto a los procesos electorales, los mismos que son de jurisdicción del Jurado Nacional de Elecciones como órgano titular de la justicia electoral.

Pero en la revisión de la etapa procesal en los procesos electorales, podemos señalar que hemos encontrado diversas deficiencias, las mismas que atentan contra el derecho a la pluralidad de instancia, juez imparcial, derecho de defensa y el debido proceso, los mismos que son claramente lesionados por el JNE, que amparado en su marco legal, en algunas veces comete excesos, para lo cual se hace necesaria la

¹⁰⁰ Este principio se presenta en cada ocasión en la que este Tribunal delimita las competencias que la Constitución ha conferido a los distintos órganos constitucionales (vg. la reciente STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI — acumulados—).

¹⁰¹ Fundamento 5º - STC Nº 0008-2003-AI-TC

¹⁰² Fundamento 5º - STC Nº 1124-2001-AA, Fundamento 6º STC 0976-2001-AA,

cautela de los derechos lesionados, mediante remedios (eficaces, sencillos y rápidos), llamase amparo, frente a esta desprotección legal.

Ahora bien, la principal dificultad que le corresponde enfrentar al Poder Legislativo, va a ser regular el proceso del amparo electoral, virtualmente creado por el Tribunal Constitucional desde que expulsó del ordenamiento jurídico aquel dispositivo del Código Procesal Constitucional que intentó eliminar el amparo electoral en el Perú, es precisamente encontrar aquellas fórmulas que permitan conciliar los dos intereses que se encuentran en juego, que son, en términos generales, por un lado, la protección de los derechos fundamentales y la garantía del control judicial suficiente para preservar la vigencia normativa efectiva del texto constitucional; y por otro lado, el principio de seguridad jurídica de los procesos electorales. No obstante esta preocupación, es importante destacarlo, no ha sido ajena al Tribunal Constitucional.

En definitiva, desde el caso “Susana Higuchi de Fujimori”, antes citado, e incluso en la sentencia recaída en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el “Colegio de Abogados del Callao” contra la Ley N° 28642, el supremo intérprete de la Constitución insistirá en algunos recaudos que debieran ser tomados en consideración por las consecuencias que puede traer consigo el amparo electoral frente al principio de seguridad jurídica de los procesos electorales. Dichos recaudos se traducen incluso en modificaciones al Código Procesal Constitucional y fueron propuestas por el Tribunal Constitucional al Congreso de la República en el caso “Pedro Andrés Lizana Puelles”, al momento de establecer el precedente vinculante, pero la institución parlamentaria prefirió desconocer dicho precedente y modificar la Ley N° 28237, generando, como vimos al reseñar los antecedentes del amparo electoral en nuestro país, un escenario de incertidumbre en torno a esta materia.

Es por ello que como una de las principales conclusiones de la presente investigación será el hacer algunos planteamientos de reforma constitucional en torno a los procesos electorales, las mismas que de ser consideradas, podríamos hablar de una verdadera justicia electoral, como también de un amparo electoral mayormente restringido a casos concretos.

2.1. De la reforma de los Jurados Electorales Especiales

Inicialmente nos encontramos en completa oposición a la composición de los Jurados Electorales Especiales, que funcionan dentro de las diversas provincias del país, en periodo electoral.

Se han dado diversos problemas ocasionado por la deficiente argumentación y sustentación de los fallos emitidos por los Jurados Electorales Especiales, al momento de resolver las diversas tachas e impugnaciones presentadas en contra de la inscripción de determinadas listas políticas y/o candidatos, durante el periodo que funcionan regularmente ya sea en elecciones presidenciales, regionales, provinciales y distritales, dada su vaga composición. Ello no garantiza un adecuado criterio jurídico y más aún, no cuentan con los implementos necesarios para poder cumplir con la línea jurisprudencial emitida por el JNE., improvisando fallos y resoluciones que en mucho de los casos perjudica a los administrados, quienes ven mermado su derecho de defensa y sobretodo sus campañas políticas, dado que la inseguridad que pueda generar la materia a resolver ante el J.E.E. mella en la credibilidad del candidato ante la masa electoral y su posible captación de votos para ser elegido.

Es por lo antes visto y concordando con lo señalado en ensayo publicado por Jhonny Tupayachi¹⁰³, sugerimos la modificatoria del artículo 45 de la Ley Orgánica de Elecciones¹⁰⁴, el mismo que establece la constitución de los Jurados Electorales Especiales, el mismo que debiera quedar de la siguiente forma:

¹⁰³ **TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny**, Ensayos de Derechos Constitucional General, La vacancia de Alcaldes y Regidores y la debida interpretación y reforma en la Ley Electoral y Municipal, Edit. Adrus, Arequipa, 2007, p. 183

¹⁰⁴ **Artículo 45o.- Los Jurados Electorales Especiales están constituidos por tres (3) miembros:**

- a) Un (1) miembro nombrado por la Corte Superior bajo cuya circunscripción se encuentra la sede del Jurado Electoral Especial, elegido entre sus magistrados jubilados y en actividad. El magistrado nombrado preside el Jurado Electoral Especial. La Corte Superior debe, en el mismo acto de nombramiento, designar a un miembro suplente.
- b) Dos (2) miembros designados por el Jurado Nacional de Elecciones mediante sorteo en acto público de una lista de veinticinco (25) ciudadanos que residan en la sede del Jurado Electoral Especial y que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Dicha lista es elaborada por una comisión integrada por tres miembros del Ministerio Público elegidos de acuerdo con las normas electorales correspondientes. En el mismo acto se designan por sorteo, igualmente, dos (2) miembros suplentes.

En los casos en que no existan tres Fiscales, la Comisión estará integrada de la siguiente manera:

- 1) En los casos en que existan sólo dos Fiscales, la Comisión estará integrada por dichos Magistrados.
- 2) En las provincias donde exista un solo Fiscal, la Comisión estará integrada por dicho Magistrado y el Registrador.
- 3) En las provincias donde no existan Fiscales, la Comisión estará integrada por un Juez Especializado o el Juez de Paz Letrado y el Registrador.
- 4) En las provincias donde sólo exista un Juez, la Comisión estará formada por dicho Magistrado y el Registrador.

En las provincias donde no existan Jueces o Fiscales, la lista será elaborada por el Registrador.

Los ciudadanos propuestos deberán reunir los siguientes requisitos:

- Residir en la capital de la provincia, estar inscritos en el Registro Provincial y ser escogidos entre los ciudadanos de mayor grado de instrucción.
- Las Listas de los ciudadanos propuestos serán publicadas, una sola vez, en el Diario Oficial "El Peruano" para la provincia de Lima, en el diario de los Avisos Judiciales para las demás provincias, y a falta de éste mediante carteles que se colocarán en los municipios y lugares públicos de la localidad.

Las tachas se formularán en el plazo de tres días contados a partir de la publicación de las listas y serán resueltas por la Comisión, o el Registrador en su caso, en el término de tres días. Sólo se admitirán tachas sustentadas con prueba documental.

El sorteo determina la designación de dos (2) miembros titulares y dos (2) miembros suplentes.

Artículo 45o.- Los Jurados Electorales Especiales están constituidos por tres (3) miembros:

- a) *Un (1) miembro nombrado por la Corte Superior, bajo cuya circunscripción se encuentra la sede del Jurado Electoral Especial, elegido entre sus magistrados jubilados y en actividad, debiendo la Corte Superior en el mismo acto de nombramiento, designar a un miembro suplente.*

- b) *El Ministerio Público propondrá al Jurado Nacional de Elecciones, una lista de 30 miembros elegidos entre los fiscales jubilados y en actividad, bajo cuya circunscripción regional se encuentra el Jurado Electoral Especial, de los cuales el Jurado Nacional de Elecciones elegirá a uno (1), debiendo elegir también a un miembro suplente.*

- c) *El Colegio de Abogados de la Región de la circunscripción del Jurado Electoral Especial, propondrá una lista de 30 miembros elegidos entre sus ex-decanos y miembros distinguidos, como también académicos de su jurisdicción, de los cuales el Jurado Nacional de Elecciones elegirá a uno (1), debiendo elegir también a un miembro suplente.*

Los ciudadanos propuestos deberán reunir los siguientes requisitos:

- Residir en la capital de la provincia, estar inscritos en el Registro Provincial.
- Las Listas de los ciudadanos propuestos serán publicadas, una sola vez, en el Diario Oficial "El Peruano" para la provincia de Lima, en el diario de los Avisos Judiciales para las demás provincias, y a falta de éste mediante carteles que se colocarán en los municipios y lugares públicos de la localidad.

Con la conformación del Jurado Electoral Especial que estamos sugiriendo, podemos garantizar que el análisis para determinar la admisión y desestimar las Tachas presentadas en los procesos electorales, sean asumidas por verdaderos peritos en leyes, no podríamos decir especialistas, pero si podemos asegurar que se tendrá un mejor criterio para resolver las mismas, solo basta con revisar la falta de motivación y argumentación de los fallos emitidos por los Jurados Electorales Especializados, para determinar que las mismas carecen de un adecuado sustento jurídico para sustentar las decisiones tomadas y que resista el mínimo análisis legal. (Véase la Resolución N° 361-2006-JEE-AREQUIPA).

A lo antes señalado debemos agregar que la falta de conocimiento de la jurisprudencia emitida por el Jurado Nacional de Elecciones, es inminente, por parte de los miembros de los Jurados Electorales Especializados, más aún la interpretación de la misma les resultaría extraña a los 2 miembros que no son abogados, siendo que en muchos casos, estos se dejarían llevar por la decisión de los asesores que laborar en dichas sedes electorales. El JNE tiene la obligación de proporcionar en formato impreso o electrónico la jurisprudencia emitida por este organismo a todos los Jurados Electorales Especializados, para así poder resolver dentro de un criterio uniforme y establecer un precedente vinculante aplicable en materia electoral.

2.2. De los Procesos Jurisdiccionales que resuelve el JNE

Debemos señalar que entre los diversos procesos electorales existentes en materia electoral, estos serán resueltos por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, el mismo que está conformado por los 5 magistrados¹⁰⁵.

Llegado el expediente al Pleno del Jurado, es revisado por este y dentro del plazo legal deberán expedir resolución, en el caso de los procesos de vacancia de cargo de alcalde o regidor, el plazo estipulado es de 30 días (treinta) la misma que obedecerá a la consigna y posición de cada uno de los magistrados, sustentada en algunos casos en votos singulares.

Podemos señalar que todos los procesos serán resueltos por el pleno del JNE, lo cual no nos parece correcto ni justo, ya como lo hemos visto en el desarrollo de la presente tesis, al analizar detalladamente veremos que existe una gran incongruencia en el trámite y más aún en la resolución de los procesos electorales la cual procedemos a detallar:

¹⁰⁵ Constitución Política del Perú, Edición Oficial, Lima, 2003, p. 156

Artículo 179°. La máxima autoridad del Jurado Nacional de Elecciones es un Pleno compuesto por cinco miembros:

1. Uno elegido en votación secreta por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido. El representante de la Corte Suprema preside el Jurado Nacional de Elecciones.
2. Uno elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido.
3. Uno elegido en votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros.
4. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas, entre sus ex decanos.
5. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus ex decanos.

- El órgano para resolver como primera instancia dentro del JNE, es el Pleno del JNE, como órgano máximo de dicha entidad.
- Podemos apreciar que en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del JNE, existe el recurso Extraordinario de Revisión de resoluciones expedidas por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones por supuesta afectación formal de alguna garantía procesal. (Numeral 12.104 –TUPA -JNE), lo cual es considerado como una segunda instancia.
- Este Recurso Extraordinario, es resuelto por el mismo Pleno que resolvió en primera instancia, al no existir algún otro ente que resuelva el recurso extraordinario dentro del JNE.

Frente a lo antes señalado, somos de la idea que se atenta contra el principio de pluralidad de instancias dentro de sede jurisdiccional, como viene a ser el JNE, se atenta contra el debido proceso y especialmente contra el derecho de defensa en sede jurisdiccional, dado que el poder variar una resolución sujeta a recurso extraordinario, por el mismo Pleno, es difícil que sea variada en su fallo, puesto que necesitaría que 3 (tres) de sus 5 (cinco) miembros varíen su parecer para que esta pueda modificar lo resuelto inicialmente, lo cual creemos muy difícil por no decir imposibles, ya que en la mayoría de los casos donde no exista un medio probatorio contundente que: a) no haya sido presentado con anterioridad al fallo del Pleno JNE.; b) que, haya sido obtenido en el plazo posterior a los 3 (tres) días de notificada la resolución que se pretenda impugnar; y c) cause convicción en torno a la decisión asumida por los magistrados del JNE, para variar su fallo y en muchos de los casos para desdecir lo señalado con anterioridad y poder tener sustento para argumentar su nueva decisión mediante voto singular.

Por lo antes señalado estamos convencidos que se hace necesaria una urgente reestructuración del funcionamiento del Pleno del JNE en lo que concierne a su función resolutoria en los procesos electorales, agregando a este problema la falta de motivación y argumentación de los fallos, lo cual es de necesaria aplicación como lo vimos anteriormente para que la resolución emitida cuente con argumentos fundamentados de estricto cumplimiento y respaldados en el Derecho.

2.2.1. De la reestructuración Funcional del Pleno del JNE

Como lo hemos visto antes el Pleno del JNE, órgano constitucional esta conformado de la siguiente forma:

Artículo 179°. La máxima autoridad del Jurado Nacional de Elecciones es un Pleno compuesto por cinco miembros:

- Uno elegido en votación secreta por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido. El representante de la Corte Suprema preside el Jurado Nacional de Elecciones.
- Uno elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido.
- Uno elegido en votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros.
- Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas, entre sus ex decanos.
- Uno elegido en votación secreta por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus ex decanos.

Frente a esta conformación que la encontramos acorde, en la forma de elección pero incompleta para los fines que pretendemos sustentar, somos de la idea que, a la elección de los cinco magistrados antes señalados se agreguen dos magistrados más, para poder implementar un nuevo sistema jurisdiccional, los mismos que pueden ser:

- *Uno elegido en votación secreta entre los Colegios de Abogados del país con excepción de Lima.*
- *Uno elegido por el Consejo Nacional de la Magistratura entre los abogados-juristas de destacada trayectoria y renombre de la República. o,*
- *Uno elegido por la Asamblea Nacional de Rectores, entre los rectores jubilados o en actividad. En este segundo caso se, concediendo licencia al elegido.*

Este miembro elegido por los Colegios de Abogados de provincia, actuará como representante de las Provincias, garantizando así el espíritu descentralista en los organismos del Estado, siendo el mismo caso del segundo miembro propuesto elegido por el Consejo Nacional de la Magistratura que no sólo deberá entenderse por un abogado capitalino, y una opción a considerar también es un miembro elegido por la Asamblea Nacional de Rectores, que puede ser de cualquier especialidad, deviniendo ello en irrelevante al existir mayoría de abogados en la conformación propuesta. Con esta adición de magistrados al Pleno podemos seguir con la formulación de nuestra propuesta de reforma.

2.2.2. De la conformación de Salas dentro del Pleno del JNE

Como hemos visto anteriormente es el Pleno del JNE, quienes resuelven en última instancia los procesos electorales presentados ante su judicatura, ya sea en primera como en segunda instancia, lo cual también señalamos que atenta contra el debido proceso y la pluralidad de instancias, por lo cual somos de la propuesta siguiente:

- Siendo 7 (siete) magistrados del JNE, podemos conformar 2 (dos) Salas, las mismas que estarían conformadas por 3 (tres) magistrados cada una, las cuales acelerarían la resolución de los procesos electorales.
- El magistrado restante, el Presidente del JNE., se ocuparía de tareas netamente administrativas e institucionales en pos del desarrollo de la institución, salvo en los casos de recursos extraordinarios.
- En caso de que existieran recursos extraordinarios (impugnación a resolución resuelta por alguna de las Salas), intervendría el Pleno completo, garantizando así una verdadera segunda instancia.

La existencia de las dos Salas jurisdiccionales dentro del JNE, nos da las siguientes ventajas:

- Mayor celeridad para resolver los procesos electorales, más aún en procesos de elecciones (Presidentes Regionales, Alcaldes Provinciales y Distritales), dando mayor equidad entre los competidos en las justas electorales.
- La materialización real de una verdadera segunda instancia, dado que al ser revisados los recursos extraordinarios por el Pleno del JNE, y al ser este mayor

numero, que la Sala que resolvió, es mucho mas posible la variación del fallo emitido, garantizando así una verdadera revisión del mismo, con mayores garantías procesales.

- Al anterior punto, podemos agregar que la garantía de una efectiva pluralidad de instancia, garantiza también la efectividad jurídica por parte de las entes jurisdiccionales, siendo que la resolución emitida en segunda instancia por un Pleno con mayor apreciación, puede argumentar y fundamentar correctamente sus fallos, evitando así restricciones y violaciones a los derechos fundamentales de los recurrente.

Con resoluciones con mayor relevancia argumentativa, podemos dar mayor confiabilidad en sus fallos al JNE, evitando así que estas puedan ser revisadas en el Tribunal Constitucional, sirviendo esta efectiva doble instancia como filtro al amparo electoral, los cuales creemos que serían reducidos con la aplicación de nuestra propuesta.

2.2.3. De las modificaciones de orden Legal

Para hacer efectiva la presente propuesta deberá de hacerse diversas modificaciones de orden constitucional y normativo, que son las siguientes:

- Modificación del texto constitucional en el Art. 179º de la Constitución, que establece la Composición del Jurado Nacional de Elecciones, siguiendo lo establecido en el artículo 206º de la misma Constitución.
- Modificación de la Ley Orgánica del JNE, Ley Nº 26486, la misma que en su Art. 9º y 10º establece la conformación del Pleno y la el mecanismo de elección de los mismos respectivamente.
- Modificación de la Ley Nº 26304, de fecha 05-05-94, en sus Art. 3º, 4º y 5º, los mismos que establecen la elección de los representantes elegidos por los Colegios de Abogados.
- Modificación a la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, Ley Nº 26397, en su artículo 21º las atribuciones que le corresponde al CNM.

2.3. De la debida motivación de los fallos electorales en la restricción de los Derechos Fundamentales

La protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos es la base primigenia de la revisión de cualquier fallo emitido, el Estado, esta en la obligación de amparar ello. El artículo 1º de la Constitución que establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y el artículo 44º, que establece que es deber primordial del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”. De un modo más claro y ordenado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos menciona estas obligaciones en su artículo 1º y 2º, que han sido objeto de un amplio desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La delimitación del contenido de los derechos fundamentales es una tarea que se realiza de modo progresivo, pues como lo ha señalado el Tribunal Constitucional *“los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su vis expansiva a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones”*¹⁰⁶. El alcance de cada derecho se va precisando, por lo tanto, a través de su continua interpretación.

Como ya se ha señalado anteriormente, y como el mismo Tribunal Constitucional lo ha señalado, procede la revisión de resoluciones de última instancia de organismos constitucionales, siempre y cuando *estos hayan violentado derechos fundamentales en el desarrollo y emisión de fallo de la entidad cuestionada*, en este orden de ideas la interpretación de los derechos fundamentales también resulta importante a efectos de analizar las restricciones o límites a su ejercicio.

Como es sabido, los derechos fundamentales no son absolutos sino que admiten restricciones. Pero, para que las medidas limitativas de los derechos fundamentales se consideren compatibles con la Constitución, se requiere que cumplan con los siguientes requisitos:

- Las restricciones deben estar fundamentadas en un objetivo legítimo (razonabilidad de la restricción).
- Las restricciones deben tener una relación directa con el objetivo legítimo que se desea alcanzar (racionalidad de restricción).

¹⁰⁶ Fundamento 18º STC – N° 1124-2001-AA/TC

- Las restricciones deben aplicarse en forma proporcional al objeto legítimo que se desea alcanzar (proporcionalidad de la restricción).
- Las restricciones no pueden afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales (respecto al contenido esencial).

La argumentación y justificación de los fallos es de vital importancia, para que estos no se contrapongan, por lo que, cabría hablar de una justificación formal de los argumentos (cuando un argumento es formalmente correcto) y de una justificación material (cuando puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable)¹⁰⁷.

El debido proceso es un derecho fundamental que ha recibido un tratamiento extenso por parte del Tribunal Constitucional. Nos interesa destacar algunos pronunciamientos sobre el debido proceso, en los cuales el supremo intérprete de la Constitución ha hecho uso de normas y decisiones internacionales sobre derechos humanos. Cabe recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos llamó la atención sobre este tema en su informe de 1993 sobre la situación de los derechos humanos en el Perú¹⁰⁸, aspecto que asimismo abordó en su informe del año 2000¹⁰⁹. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencias como de los casos Loayza Tamayo (1997) y Castillo Petruzzi (1999)¹¹⁰, dejó asimismo establecido que dicha legislación era contraria a las garantías del debido proceso, y que el Estado Peruano debería tomar las medidas necesarias para brindar todas las garantías procesales a los justiciables en irrestricta defensa de sus derechos fundamentales.

III. EL PROCESO DE AMPARO EN MATERIA ELECTORAL

Corresponde al Derecho Electoral, establecer las normas que regulen la elección de los representantes y, en general, de las personas que ejercerán cargos de elección popular¹¹¹. Uno de los temas fundamentales de dicha disciplina es el control de la validez de las elecciones a fin de la validez de las elecciones a fin de que estas sean libres y competitivas. Con tal objetivo, a lo largo de los años, han surgido diversos modelos ya sea de origen parlamentario, judicial o a través de organismo autónomo

¹⁰⁷ **ATIENZA, Manuel**, *Las razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica*, Ed. Palestra, Lima 2006, p. 34.

¹⁰⁸ OEA/Ser. L/V/II.83 – Doc. 31. 12 marzo 1993.

¹⁰⁹ OEA/Ser. L/V/II.106 – Doc. 59 rev. 2 junio del 2000.

¹¹⁰ Sentencias del 17 de diciembre y del 30 de mayo de 1999, respectivamente.

¹¹¹ Utilizamos el concepto de derecho electoral en sentido amplio, distinto al concepto estricto del mismo –es decir aquel que “contiene únicamente aquellas determinaciones legales que afectan al derecho del individuo a influir en la designación de los órganos”- a los cuales se refiere Dieter Nohlen, en “Sistemas electorales del mundo”, Madrid: CEC, 1981, p.54.

y/o especializado¹¹².

Sin embargo, el surgimiento y desarrollo de los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales, como el amparo, han llevado a algunos autores a reconocer que en determinadas ordenamientos se viene produciendo una “superposición de jurisdicciones” entre la “justicia electoral” y la “justicia constitucional”¹¹³.

En efecto, la introducción del proceso de amparo en los ordenamientos jurídicos y su acercamiento a las materias electorales, ha motivado tanto en Europa como en América Latina, relevantes controversias respecto a sus alcances y sus eventuales conflictos con los órganos electorales. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales durante los procesos electorales, cuando se requiere una urgente intervención judicial para permitir, por ejemplo, la realización de un mitin de cierre de campaña –prohibido arbitrariamente-, para respetar el principio de neutralidad, o cuestionar resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, genera indudables debates que es menester evaluar.

3.1. El Amparo Electoral en el Derecho Comparado

3.1.1. La experiencia Mexicana

En México, pese a la amplitud del “juicio de amparo” la ley de amparo señala en su artículo 73 (fracción VII) que dicho proceso “es improcedente: contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral”.

Como recuerda Flavio Galván, el tema había sido debatido durante el siglo XIX, particularmente en la década de los setenta. En tal ocasión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación asumió la tesis de José María Iglesias que consideraba “procedente el juicio de amparo, para impugnar la legalidad de la elección o nombramiento de un representante popular o de un funcionario público, por violaciones a las leyes electorales”¹¹⁴.

¹¹² **DE CARRERAS Frances y M. VALLES, Joseph**, Las elecciones, Ed. Blume, Barcelona, 1977, p. 96.

¹¹³ **BIGLINO CAMPOS Paloma**, La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, REDC, Año 10, Nº 29, 1990, p. 298.

¹¹⁴ **GALVÁN RIVERA Flavio**, Apuntamientos sobre la evolución de la justicia electoral en México, en el libro Perspectiva comparada en Centroamérica, México y la República Dominicana: Seminario Internacional sobre Resolución de Conflictos Electorales, 27-29 marzo 2000, San José, Costa Rica: IFES, IFE, TEPJF; IIDH/CAPEL, TSE, p. 251.

Dicha tesis cuestionada por el magistrado de la Corte Suprema Ignacio Vallarta. Aquel, en agosto de 1878, resolvió el amparo promovido por León Guzmán contra la Legislatura del Estado de Puebla. En tal ocasión, el destacado jurista mexicano sostuvo que hacer intervenir a la Corte “para juzgar respecto de derechos políticos era desnaturalizar las funciones augustas de este tribunal”¹¹⁵.

“(…) si el amparo juzgara la ilegitimidad de las autoridades, México, en lugar de haber creado una institución que le envidiaran los pueblos mas cultos, no podrá mas que reclamar el triste privilegio de haber inventado, sin precedentes, un sistema que conduce derechamente a la anarquía”¹¹⁶.

Como puede apreciarse, la opinión de Vallarta fue la que finalmente prevaleció. Para justificar esta posición se han esgrimido distintas razones¹¹⁷. Por un lado, se ha dicho que el amparo no procede en defensa de derechos políticos pues la Constitución solo admite su empleo para la tutela de las llamadas “garantías individuales”, es decir, de los derechos individuales. Tal criterio, asumido por la Corte Suprema, entendía que “los derechos políticos no constituyen garantías individuales”¹¹⁸. Asimismo se ha sostenido que el artículo 60 de la Constitución señala que las resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación serán “definitivas e inatacables”, lo cual impediría el empleo del amparo.

De esta manera, el amparo mexicano pese a constituir un instrumento de singular amplitud en otros aspectos, cuando aborda la materia electoral evidencia un discutible criterio restrictivo que toma improcedente su empleo.

3.1.2. La experiencia argentina

En Argentina existen diversos “tipos” de amparo que han sido legislados en normas especiales. Esto ocurre con el denominado “amparo electoral” incorporado por la Ley 19945, modificada por la Ley 22864 y el Código Electoral Nacional según su texto ordenado aprobado por Decreto 2135/83 que cuenta con algunas modificaciones¹¹⁹. El citado Código regula dos modalidades distintas de “amparo electoral”¹²⁰.

¹¹⁵ **NORIEGA Alfonso**, Lecciones de Amparo, 3 Ed., Porrúa, Tomo I, México, p. 510.

¹¹⁶ **VALLARTA Ignacio**, Cuestiones Constitucionales. Votos, Cit. por GALVÁN RIVERA Flavio, Op. cit., p. 252.

¹¹⁷ **Cfr. ELIAS MUSSI, Edmundo**, Improcedencia del Juicio de amparo en materia electoral en el derecho mexicano, Justicia 89, Nº II, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pp. 455-465.

¹¹⁸ **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo**, La Acción constitucional de amparo en México y España, 2 Ed., México: Porrúa, 2000, p. 381.

¹¹⁹ **SALGADO Ali Joaquín y Alejandro César VERDAGUER**, Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, 2 Ed., Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 322-323.

¹²⁰ **SAGÜÉS Néstor**, Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo, 3 Ed., Buenos Aires, 1991, pp. 635 y ss.

Por un lado, el artículo 10 dispone que puede utilizarlo el elector afectado en sus inmunidades, libertad o seguridad, o privado del ejercicio del derecho de sufragio, ya sea directamente o a través de cualquier persona. Se interpone, verbalmente o por escrito, ante el juez electoral ante el magistrado más próximo o ante cualquier funcionario nacional o provincial, quienes deberán adoptar urgentemente las medidas necesarias para hacer cesar el impedimento, Asimismo, el artículo 11 habilita al elector a acudir en amparo a fin de que le sea entregado su documento cívico retenido indebidamente por un tercero, debiendo el juez electoral, que es el único órgano competente, disponer urgentemente las medidas necesarias.

En ambos supuestos el amparo procede contra autoridades o particulares. El procedimiento previsto por el artículo 147 del Código Electoral¹²¹ se caracteriza por su celeridad, simplicidad y oralidad; de tal manera que se pueda contar con un remedio urgente y rápido que tutele el derecho de participación política.

Cabe anotar que en Argentina, la justicia electoral federal corresponde a la Cámara Nacional Electoral, cuyas resoluciones solo pueden ser impugnadas a través del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia, y a veinticuatro juzgados federales.

Un caso de particular relevancia se presentó con motivo del cuestionamiento judicial de la cláusula transitoria novena de la Constitución según la cual "el mandato del Presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma deberá ser considerado como, primer periodo". Se afirmaba que ella -fruto de la reforma constitucional de 1994- discriminaba al entonces Presidente Carlos Menem y afectaba sus derechos políticos. Se pretendía con ello abrir la puerta a una nueva reelección. La Cámara Nacional Electoral, en el caso "Juan Ortiz Almonacid" quien interpuso una acción de amparo, consideró que dicha cláusula no era inconstitucional ni contradecía los tratados sobre derechos humanos, ni tampoco afectaba derecho adquirido alguno¹²², cerrando así la puerta a una eventual reelección.

¹²¹ Indica la citada norma que "Al efecto de sustanciar las acciones de amparo a que se refieren los artículos 10 y 11 de esta ley, los funcionarios y magistrados mencionados en los mismos resolverán inmediatamente en forma verbal. Sus decisiones se cumplirán sin más trámite por Intermedio de la fuerza pública, si fuere necesario, y en su caso serán comunicadas de inmediato al Juez electoral que corresponda".

¹²² **OTAÑO PIÑERO Jorge Horacio**, Resolución de conflictos electorales en la República Argentina, en Perspectiva comparada en Centroamérica, México y la República Dominicana: Seminario Internacional sobre Resolución de Conflictos Electorales, 27-29 marzo 2000, San José, Costa Rica: IFES, IFE, TEPJF, IIDH/CAPEL, TSE. Pp. 93-94.

3.1.3. La experiencia española

La Ley Orgánica 5/1985 del 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) - modificada por la Ley Orgánica 8/1991 del 13 de marzo- desarrolla el denominado "amparo electoral" en dos supuestos puntuales.

En primer lugar, el amparo que se interpone contra las resoluciones dictadas por los Juzgados contencioso administrativos recaídas en los recursos contra la proclamación de candidaturas por las Juntas Electorales, que deberá solicitarse en el plazo de dos días y será resuelto por el Tribunal Constitucional en los tres días siguientes (artículo 49, apartados 3 y 4 de la LOREG).

En segundo lugar, el amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) recaída en el recurso contencioso-electoral sobre proclamación de electos realizadas por las Juntas Electorales, que deberá solicitarse en el plazo de tres días y será resuelto por el Tribunal Constitucional en los quince días siguientes (artículo 114, apartado 2 de la LOREG, reformado por la Ley Orgánica 8/1991, del 13 de marzo)¹²³.

En ambos casos la labor del Tribunal Constitucional ha sido decisiva. En efecto, no solo ha cumplido un destacado papel con su jurisprudencia, que ha inspirado la reforma de la LOREG, sino que además ha aprobado las normas reguladoras del trámite del amparo a que se refiere el artículo 49 de dicha Ley (acuerdo del Pleno del 23 de mayo de 1986).

El Tribunal ha utilizado la denominación "amparo electoral", sin que ello importe un cambio en la naturaleza esencial del amparo prevista en la Constitución y en la LOTG¹²⁴. En efecto, "el recurso de amparo electoral, como ha sido reiteradamente expuesto por el Tribunal Constitucional, no ha alterado la naturaleza del recurso de amparo constitucionalmente previsto: constituye un recurso de amparo en el que solo podrán hacerse valer las presuntas violaciones de los derechos fundamentales alegadamente violados"¹²⁵.

¹²³ Con anterioridad a la reforma de la LOREG, esta segunda modalidad de amparo no había sido regulado en forma expresa. Sin embargo, ello no impedía que se utilizara el camino procesal previsto en el artículo 44 de la LOTC, es decir la posibilidad de acudir en amparo contra las sentencias judiciales dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia -en la actualidad el órgano competente es el Tribunal Supremo- resolviendo los recursos contencioso-electorales sobre proclamación de electos realizadas por las Juntas Electorales.

¹²⁴ El Tribunal Constitucional español ha utilizado esta denominación en las sentencias 74/86, del 3 de junio; 71/86, del 31 de mayo; y 61/87, del 20 de mayo. Cfr. al respecto FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, Notas acerca del recurso de amparo electoral. REDC, Año Nº 09, Nº 25, 1989, p. 137.

¹²⁵ **RALLO LOMBARTE, Artemi**, Garantías electorales y Constitución, CEPC, Madrid, 1997, p. 120.

La jurisprudencia ha fijado los caracteres de este tipo de amparo¹²⁶. Así ha señalado que se trata de un remedio subsidiario pues antes de acudir al Tribunal Constitucional debe haberse agotado la vía judicial. Asimismo, que la legitimación prevista en el artículo 49 de la LOREG corresponde a los candidatos excluidos o a sus representantes legales, mas no a los partidos políticos. Ha indicado que la especialidad del amparo electoral descansa en su aspecto procesal, es decir, en la perentoriedad de los plazos previstos para su interposición y resolución cuyo cómputo se efectúa por días naturales, pues el proceso electoral es muy rápido. Ha agregado que a través del amparo no se efectúa un control de validez del proceso electoral sino que se tutelan los derechos reconocidos en los artículos 23 (participación política) y 24 (tutela judicial efectiva) de la Constitución. Finalmente, ha señalado que cuando el Tribunal Constitucional examina un recurso en el cual se alega la vulneración del artículo 23, debe revisar si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo "secundum constitutionem", y en especial si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho comprometido.

En estos casos, el Tribunal Constitucional ha tenido un destacado rol al actuar como eficaz garante de la limpieza del proceso electoral¹²⁷. No obstante, algún sector de la doctrina ha propuesto que se elimine del conocimiento del Tribunal este tipo de asuntos pues considera que ello no es su función y porque entiende que su intervención no surtiría los efectos deseados¹²⁸.

3.1.4. La experiencia Colombiana

En Colombia el máximo órgano electoral es el Consejo Nacional Electoral, que tiene a su cargo la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral¹²⁹. En dicho país, no se ha regulado una modalidad de tutela en materia electoral; sin embargo, en diversas ocasiones se ha acudido a este proceso para defender derechos fundamentales con motivo de un proceso electoral o respecto de derechos políticos en general. Ha correspondido a la jurisprudencia ir precisando sus alcances.

¹²⁶ Cfr. **BASTIDA FREJEDO Francisco**, Ley electoral y garantías judiciales, Revista de las Cortes Generales, Nº 7, 1986, pp. 48-49; **RODRIGUEZ ZAPATA PÉREZ, Jorge**, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, El amparo electoral, Revista de Derecho Político, Nº 25, 1987, pp. 199-208; **SOLOZABAL ECHAVARRIA Juan José**. Ob. Cit., pp. 135-136.

¹²⁷ **SOLAZABAL ECHAVARRIA Juan José**, Ob.Cit. p. 138.

¹²⁸ **BASTIDA FREJEDO, Francisco**, Ob.Cit. pp. 48-49.

¹²⁹ **GARCÍA Juan Ignacio**, La organización electoral, en el libro editado por Fernando Tuesta Simposio sobre reforma electoral: Memoria, IFES, USAID., Lima, 1996, p. 115.

La tutela ha sido empleada en diversas ocasiones para garantizar la vigencia del derecho de participación política. Una breve mención de algunos casos resueltos por la Corte Constitucional da cuenta de ello.

Así por ejemplo se acudió a este proceso para tratar de garantizar que una persona con deficiencia visual pudiera contar con las facilidades necesarias para ejercer su derecho al voto. Ello sucedió en la sentencia N° T-446/94 del 12 de octubre de 1994 que admitió la tutela presentada por Leonor María Berrío de Gómez contra el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil. Sin embargo, luego de evaluar en detalle el caso se entendió que no se habían violado derechos fundamentales "ya que la deficiencia visual de la peticionaria no creó, en la situación concreta, óbices insalvables para la práctica del derecho a su voto".

En otra oportunidad se acudió a la tutela para garantizar el derecho al voto. Esto ocurrió cuando el Juzgado Penal Municipal de Girardota dispuso que el Consejo Nacional Electoral y el Registrador Nacional del Estado Civil de Girardota (Antioquia) debían adoptar las medidas necesarias para que los demandantes pudieran participar en la elección de las autoridades locales del Municipio de Girardota y, votar en el puesto de dicho Municipio donde inscribieron sus cédulas de ciudadanía. Esta decisión fue confirmada por la Corte Constitucional a través de su sentencia N° T-182/95 del 26 de abril de 1995.

Finalmente, la Corte en las acciones de tutela instauradas contra los Delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil en el Departamento de Antioquia y contra los Registradores Municipales de Puerto Nare y Arboledas (Sentencia T-040/98 del 23 de febrero de 1998) consideró que se habían vulnerado los derechos fundamentales del demandante al impedirse que en las cédulas electorales aparezca la imagen del candidato tal como normalmente se identificaba.

"Es razonable (...) que se permita a ciertas personas (...), que se presenten en el tarjetón electoral con sombrero o cachucha, si se puede establecer que esa es la manera como desarrollan una expresión característica de su individualidad y ella contribuye a distinguirlas del resto de las personas de su entorno. Pero, además, es claro que dicho tratamiento resulta necesario para proteger sus intereses, porque de otra manera se menguaría su identificación ante el electorado, es decir, la forma como se les reconoce por los posibles electores, y que en los ajetreos políticos tiene una especial relevancia, al punto que en buena parte esa identificación física constituye un factor determinante del favor de las gentes".

El breve examen del derecho comparado evidencia por un lado la presencia de un importante debate en tomo a la posibilidad de habilitar el amparo en materia electoral,

aspecto rechazado en México y admitido en Argentina, Colombia y España -con modalidades distintas-, y por otro lado, la importante labor que viene desarrollando la jurisprudencia para garantizar a través del amparo la limpieza del proceso electoral.

Asimismo, nos parece relevante resaltar que el llamado "amparo electoral" no constituye en realidad una verdadera modalidad u otro tipo de amparo distinto al ordinario, sino que en todo caso su peculiaridad estriba en una mayor preocupación por el principio de celeridad procesal y la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva del derecho de participación política y de los derechos fundamentales a él vinculados.

El desarrollo y tratativa legal que este proceso pueda tener, debe de configurarse de tal manera que pueda no solo cautelar el derecho de participación en procesos electorales, sino también el poder desestimar las mismas en casos que estas contengan irregularidades, lo cual debe estar debidamente comprobado siendo materia de la presente investigación el desarrollar aquellos criterios que den opción a este tipo de recurso, considerando si este es eficaz en el marco legal peruano.

IV. EL AMPARO EN MATERIA ELECTORAL EN LA EXPERIENCIA PERUANA

En 1931 se introdujo el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) como la suprema autoridad en materia electoral, tal como lo señaló el Estatuto Electoral aprobado por el D.L. 7177¹³⁰.

En 1933, el JNE adquirió -de modo indirecto-rango constitucional pues la Carta de ese año (artículo 88) se refirió al Poder Electoral. Luego sería desarrollado con mayor detalle por el Decreto Ley 14250 del 5 de diciembre de 1962. El artículo 13 de dicho decreto dispuso que "El Jurado Nacional de Elecciones es la autoridad suprema en materia electoral, y contra sus decisiones no procede recurso alguno. No podrá el mismo Jurado reconsiderar, revisar o modificar sus fallos".

La Carta de 1979 mantuvo al JNE; sin embargo, durante el debate constitucional se plantearon algunas propuestas para revisar sus decisiones. Esto ocurrió en la sesión del 6 de marzo de 1979 de la Comisión Principal de Constitución, pues se aprobó una norma que permitía al Tribunal de Garantías Constitucionales conocer en apelación determinadas resoluciones de la Corte Nacional de Elecciones. Se establecía:

¹³⁰ PANIAGUA CORAZAO Valentín, Sistema electoral en la Constitución de 1993, Análisis y comentarios, CAJ, Lima 1994, p. 223-225.

Artículo 310.- El Tribunal de Garantías (...) es competente para:

5) Resolver en vía de apelación en el plazo máximo de siete días naturales, la resolución de la Corte Nacional de Elecciones que anule el proceso electoral nacional"¹³¹.

En la Comisión Principal surgieron dos posiciones opuestas. Por un lado, Javier Ortiz de Zevallos y Ernesto Alayza Grundy cuestionaban la propuesta pues entendía -el primero- que el JNE salía disminuido con una apelación ante el TGC y, el segundo que el actuar con criterio de conciencia para la precisión de los hechos traía como consecuencia que tales apreciaciones sean irrevisables. En cambio, otros como Cornejo Chávez y Valle Riestra estaban de acuerdo con la propuesta¹³².

Ante esta situación, la Comisión Principal (sesión del 6 de junio de 1979) optó por suprimir el dispositivo que facultaba al TGC a conocer en apelación las resoluciones del JNE que anularan un proceso electoral. La posibilidad de acudir al proceso de amparo si es que el JNE lesionaba algún derecho fundamental no fue debatida.

De esta manera, el JNE quedó consagrado como un órgano constitucional autónomo, precisándose en su artículo 289 que "El Jurado y 18 órganos aprecian los hechos con criterio de conciencia. Resuelven conforme a derecho". La regulación efectuada por la Constitución de 1979 se inspiró en lo dispuesto por el D.L. 14250.

Asimismo, a fin de evitar las dudas sobre el posible cuestionamiento de sus decisiones, la Ley 24069 del 11 de enero de 1985 estableció en su artículo 2 que "No procede ninguna acción judicial respecto de las soluciones del Jurado Nacional de Elecciones".

4.1. El sistema electoral de la carta de 1993 y su desarrollo legal

La Carta de 1993 introdujo un cambio sustantivo en materia electoral pues no solo mantuvo al JNE, sino que incorporó a otras dos instituciones -la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)- diseñando de esta manera el denominado "sistema electoral" que agrupaba a estos tres órganos.

¹³¹ COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979, Diario de los Debates, Tomo IV, p. 328.

¹³² COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979, Diario de los Debates, Tomo IV. 307.

La reforma tuvo una intencionalidad política, se plasmó en un texto constitucional destinado a permitir la permanencia de Fujimori en el poder. Además, como ha señalado Paniagua, "el constituyente de 1993, al apartarse de la tradición en materia electoral (...) ha creado un régimen que ha complicado la administración electoral"¹³³. Este complejo régimen legal condujo a una regulación diversa y dispersa que -entre otros aspectos- reiteró que frente a las resoluciones del JNE no procedía recurso alguno. Precisamente, dicho terna se planteó durante el debate que dio origen a la Carta de 1993.

4.2. ¿Procede el Amparo Electoral contra resoluciones del JNE?

La Constitución establece que las resoluciones del JNE se ajustaran a la ley y a los principios generales del derecho (artículo 181). De esta manera, se desecha cualquier posible consideración esencialmente política de su función¹³⁴, en la medida que la actuación del JNE se encuentra sometida al derecho.

Un aspecto que resulta indispensable determinar es la naturaleza de la función que ejerce el JNE a fin de evaluar las posibilidades y la intensidad del control constitucional de sus decisiones. En este sentido evidente cuando el artículo 142 de la Constitución señala que no son revisables en sede judicial las resoluciones del JNE en "materia electoral", está excluyendo aquellas actuaciones que no guardan relación con ella. Nos referimos, a las resoluciones administrativas que, por ejemplo, sancionan a los servidores públicos que laboran en el JNE. En tales casos, sin duda, pueden cuestionarse dichas decisiones judicialmente si afectan sus derechos.

El problema se plantea cuando se cuestionan las actuaciones del JNE en materia electoral, las cuales pueden ser de diversa naturaleza: a) administrativa: la inscripción de una agrupación política, b) normativa: un reglamento sobre franjas electorales o c) jurisdiccional: la solución de una controversia¹³⁵. A ellas aluden los artículos 142 y 181

¹³³ **PANIAGUA CORAZAO Valentín**, Un triplicado institucional: los organismos electorales, en el libro editado por Fernando Tuesta, Los enigmas del poder, Fujimori 1990-1996, Fundación Friedrich Ebert, 2 ed., Lima, 1997, p. 126.

¹³⁴ Para Ignacio de Otto "lo que caracteriza a la decisión política es que se argumenta y es argumentable racionalmente a partir de los fines que persigue y, en consecuencia, la opción por una u otra alternativa se basa en las consecuencias que previsiblemente van a tener los actos: se hace esto y no lo otro para producir unas consecuencias y evitar otras y alcanzar así el fin que se invoca como fundamento del acto", **OTTO PARDO Ignacio de**. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, pp. 288-289). Las resoluciones del JNE no guardan tales características.

¹³⁵ Como señala Santamaría Pastor, no es tarea sencilla definir de manera inequívoca la función administrativa, "Se la ha intentado caracterizar como la actividad de ejecución de la ley en posición de dependencia, frente a la posición independiente de los jueces (tesis propugnada por los miembros de la escuela vienesa, principalmente Hans Kelsen y Adolf Merkl), como actividad para la consecución de los fines del Estado (tesis de la escuela clásica italiana: V. E. Orlando y F. Cammeo) o de los intereses públicos o colectivos (también de gran predicamento en la doctrina italiana de la primera mitad del siglo; O Ranelletti, S. Romano, G. Zanobini); como actividad de gestión de los servicios públicos (tesis dominante en Francia hasta los 50 años y cuyos mejores

de la Constitución y las normas electorales (Leyes 26486, 26533 y 26859) que han reiterado lo dispuesto por ellas.

¿Tales normas excluyen de modo absoluto la posible interposición de una demanda de amparo en contra las resoluciones del JNE en "materia electoral" que en forma manifiesta violen derechos fundamentales?; ¿estaremos en presencia de una causal de improcedencia similar a la prevista por el artículo 73, fracción VII de la Ley de Amparo mexicana?

Un primer aspecto consiste en determinar qué se entiende por "materia electoral" A nuestro juicio, dicha materia es aquella que es objeto de estudio por el Derecho Electoral, al cual -de manera descriptiva- se puede definir como el:

" Conjunto de normas reguladoras de la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio, activo y pasivo, de la organización de la elección, del sistema electoral, de las instituciones y organismos que tienen a su cargo el desarrollo del proceso electoral y del control de la regularidad de ese proceso y la confiabilidad de sus resultados"¹³⁶.

Como puede apreciarse se trata de un ámbito bastante amplio que esta a cargo del JNE y que por las citadas normas constitucionales estaría exento de control. A partir de tal constatación y en base a una interpretación literal -que no compartimos- solo serían susceptibles de control judicial -como ya se ha indicado- aquellas decisiones u omisiones ajenas a temas electorales.

4.3. La tesis permisiva acogida por el Código Procesal Constitucional

Con la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 28642, el texto del CPCConst. se regresa al tenor anterior. El artículo 5 inciso 8) del Código Procesal Constitucional ha adoptado una tesis que autoriza el empleo del amparo en determinados supuestos contra las resoluciones dictadas por los organismos electorales. El citado dispositivo regula las causales de improcedencia señalando que el amparo no procede cuando:

representantes fueron G Jeze, R. Bonnard y L. Rolland. Y así prácticamente hasta el infinito, en una labor de resultados siempre insatisfactorios -o, solo medianamente satisfactorios- que llevaron a una buena parte de la doctrina alemana (desde G. Jellinek y O. Mayer) a una tesis tan pragmática como desalentadora, conocida como teoría negativa o residual: después de definir positivamente la legislación (como creación de normas jurídicas de carácter general) y la jurisdicción (como resolución de conflictos intersubjetivos de intereses) se concluye que la función administrativa es todo aquello, que queda de la actividad estatal una vez que se han separado aquellas funciones". (SANTA MARIA PASTOR, Juan Alfonso, "Fundamentos de Derecho Administrativo" Madrid: Ed. Estudios Ramón Areces, 1988, p. 38).

¹³⁶ **ARAGON REYES Manuel**, Derecho Electoral: Sufragio activo y pasivo, en NOHLEN Dieter, PICADO Sonia, ZOVATTO Daniel, Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina, IIDH, Universidad de Heidelberg, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 104.

"Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva.

Tampoco procede contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones".

De esta manera, autoriza el amparo cuando se viola la tutela procesal efectiva que a tenor del propio Código comprende el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso. La citada propuesta regresa al ordenamiento legislado anteriormente, interpretando creativamente el artículo 142 de la Constitución, pues parte de asumir que en materia electoral no pueden existir zonas exentas de control y, por tanto, permite que en ciertas circunstancias proceda el proceso de amparo.

4.4. ¿Desarrollo del amparo electoral?

Si aceptamos la interpretación que permite acudir al proceso de amparo en materia electoral, debemos determinar si ello trae consigo la necesidad de regular una modalidad especial de amparo al que podría denominarse "amparo electoral".

Este "tipo" de amparo no se circunscribiría a cuestionar las decisiones del JNE sino que, además, podría tutelar los derechos de participación política afectados, por ejemplo, por la decisión de un prefecto de prohibir la realización de un mitin de cierre de campaña, la arbitral retención del documento de identidad de una persona y la consecuente imposibilidad de votar, el uso indebido de fondos públicos afectando el principio de igualdad -y neutralidad- en materia electoral y, en general, todas aquellas irregularidades que se pudieran presentar durante un proceso electoral y que requieran de un proceso urgente que tutele los derechos ciudadanos.

Sin duda, el tema más polémico sería admitir el empleo del amparo contra resoluciones del JNE. En tal caso, en la presente investigación hemos desarrollado una serie de modificaciones al sistema electoral, de darse las mismas se estaría creando un filtro que garantizaría en mayor grado la justicia electoral, ya sea en la etapa electoral con el funcionamiento acorde de los JEE, como también en la etapa post electoral con un JNE reestructurado, que garantice el debido proceso y la pluralidad de instancias.

De concederse un amparo electoral en materias post electorales (vacancias, revocatorias, referéndum, etc.), estos serían en menor cuantía y en casos raramente especiales por la existencia de filtros anteriormente señalados, no se procederá a la

total revisión del proceso electoral, sino tan solo se evaluará si se afectó o no -en forma manifiesta -la tutela procesal efectiva y los derechos fundamentales-. Y es que para establecer una adecuada coordinación entre el control que corresponde al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional y la labor del JNE solo podrá efectuarse un estricto control de la tutela procesal efectiva Que no ingrese a evaluar los hechos apreciados por el JNE.

Ello encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 181 de la Constitución cuando dispone que "El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (...) resuelve con arreglo a ley y a los principios generales del derecho". De esta manera, el JNE al resolver debe actuar conforme a la Constitución y, en consecuencia, respetar la tutela procesal efectiva. De lo hacerlo, la exigencia de resolver conforme a derecho impone el ejercicio del control correspondiente.

A nuestro juicio, no puede hablarse de un "amparo electoral" con características distintas al regulado en el CPConst. A diferencia del derecho argentino y español, nuestros textos legales no han previsto un procedimiento especial en estos casos. Tampoco creemos que pueda regularse un "amparo electoral" esencialmente diferente al instrumento tradicional, pues siempre su naturaleza será la misma: la tutela efectiva de los derechos fundamentales a través de un proceso de urgencia.

La especialidad del amparo enfrentado a cuestiones electorales es la mayor preocupación por el principio de celeridad procesal -plazos breves y perentorios para su interposición y resolución- debido a la propia y necesaria rapidez del procedimiento electoral. Y ante ello, la regulación de nuestro proceso de amparo muestra severos inconvenientes que merecen su revisión.

Así, por un lado el artículo 44º del CPConst. otorga un plazo de sesenta días hábiles al afectado para interponer el amparo, término que tratándose de la materia electoral resulta excesivamente amplio, siendo que el procedimiento mismo, se inicia en primera instancia ante un Juzgado Civil, continúa en apelación en la Sala Civil de la Corte Superior, pudiendo culminar cuando la resolución es denegatoria en el Tribunal Constitucional, evidencia un trámite muy extenso para la específica materia electoral.

Ello explica, por ejemplo, que el artículo 360 de la LOE haya establecido que para tutelar el derecho de reunión proceda el hábeas corpus -y no el amparo- el cual se resolverá dentro de las veinticuatro horas de presentado. Para nosotros, la alternativa

no consistía en desnaturalizar al hábeas corpus para que proteja derechos distintos a la libertad individual¹³⁷, sino más bien en diseñar un procedimiento de amparo más ágil para enfrentar idóneamente estos casos.

Estos inconvenientes explicables porque el legislador en su momento no pensó en esta posibilidad, a la fecha requieren de una reforma legislativa que muestre un mayor respeto al principio de celeridad procesal cuando se trata del amparo en materia electoral. Así por ejemplo el artículo 15 de la Ley Orgánica de Elecciones establece que los conflictos de competencia que surjan durante el desarrollo de un proceso electoral serán resueltos en un plazo no mayor de cinco días. Por lo demás, pensamos que una reforma constitucional permitiría que el proceso de amparo que se interponga contra resoluciones del JNE sea resuelto en instancia única por el Tribunal Constitucional, tal como lo ha propuesto la Defensoría del Pueblo¹³⁸.

Sin duda, la celeridad no solo dependerá de las normas que así lo señalen, sino también de la conducta del órgano encargado de resolver estos procesos. Un caso donde se apreció una inusual celeridad se presentó cuando el Tribunal Constitucional resolvió en menos de un mes de una acción de inconstitucionalidad presentada el 7 de marzo de 2001 por la Defensoría del Pueblo contra el segundo párrafo del artículo 191 de la LOE. Dicha norma impedía difundir resultados no oficiales desde las cuatro de la tarde del día de la elección hasta un máximo de seis horas, limitando las libertades de expresión e información. El 4 de abril de 2001, el Tribunal Constitucional con la celeridad que exigía la cercanía de las elecciones llevadas a cabo el 8 de abril, declaró inconstitucional la norma cuestionada.

¹³⁷ Si resulta razonable acudir al hábeas corpus ante detenciones arbitrarias de electores o de miembros de mesa tal como lo dispone el artículo 344 de la LOE.

¹³⁸ **DEFENSORIA DEL PUEBLO**, Hacia una reforma del sistema electoral, Lima, 2001, pp. 12 – 13.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

Los modelos que le han servido de fuente de inspiración para el desarrollo del amparo en el Perú, han sido de manera especial la “acción de amparo” argentina, en menor medida el “juicio de amparo” mexicano y de modo indirecto el “recurso de amparo” español. Últimamente ha venido cobrando especial realce, particularmente por sus valiosos aportes jurisprudenciales, la “acción de tutela” colombiana. Posterior a ello el desarrollo en nuestro país se ha venido dando en forma gradual y evolutiva, lo cual se condensa en el Código Procesal Constitucional.

SEGUNDA:

En base a la presente investigación, podemos decir que el proceso de amparo es una garantía constitucional cuya finalidad es asegurar a las personas el goce efectivo de sus derechos constitucionales, brindándoles protección de toda restricción o amenaza ilegal o arbitraje en que incurren los órganos del Estado o particulares, mediante un mecanismo rápido sencillo y eficaz para una adecuada administración de justicia.

TERCERA:

Dada la controversia suscitada entre el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones, en torno a la revisabilidad de los fallos electorales, estos deben darse únicamente en razón a violación a Derechos Fundamentales, siendo potestad única del Jurado Nacional de Elecciones el poder resolver sobre el fondo en temas estrictamente electorales, la misma que no puede ser objeto de revisión por otro organismo.

CUARTA:

El proceso para ser justo, no puede ser ajeno a la supremacía de la dignidad humana, a los valores y derechos que derivan de ella (con sus correspondientes deberes), ni a la realidad social donde se desarrolla, sino por el contrario, entendemos que puede ser visto y desarrollado como un instrumento al servicio del hombre – y no el hombre al servicio del proceso- para la defensa y efectividad de sus derechos, así como para alcanzar la paz social y la justicia.

QUINTA:

En el desarrollo de la presente investigación hemos podido denotar y demostrar que existen grandes falencias en los procesos electorales, los mismos que son producto

de: de la falta de motivación y argumentación en los fallos, la falta de una adecuada segunda instancia, las garantías procesales mínimas para la expedición de un fallo justo, más aún para un adecuado ejercicio del derecho de contradicción y defensa ante sede superior, como consecuencia de un proceso eficaz, sencillo y transparente.

SEXTA:

El amparo electoral se hace necesario mientras no se presten las garantías necesarias para una adecuada administración de justicia electoral, pero este recurso necesita ser regulado en forma precisa, -pese a ser tramitado como un proceso de amparo común- debe de establecerse reglas de procedencia para evitar que sea desnaturalizado por los justiciables, para lo cual la creación de diversos filtros es de necesaria relevancia, debiendo de realizarse las modificaciones legales y constitucionales de darse el caso.



SUGERENCIAS

PRIMERA:

El problema de la interpretación constitucional en razón a la revisión de los fallos electorales, deviene de una interpretación exegetica de la constitución, siendo necesario ampliar la gama de opciones que tiene el operador del derecho al interpretar la misma, en la cual debe primar la dignidad de ser humano y más aún el respeto a sus derechos fundamentales, como fundamento esencial y por encima de posiciones de orden objetivas y positivas.

SEGUNDA:

Si bien es cierto el proceso de amparo, es un mecanismo eficaz y sencillo, para la defensa de los derechos fundamentales, este, en nuestra legislación carece de su principal característica, que es la celeridad, siendo que en muchos de los casos el daño sufrido por el justiciable se torna en irreparable, no pudiendo darse dichos casos en los procesos electorales, donde se hace necesaria una reforma en tal sentido.

TERCERA:

En base al punto anterior, se hace necesaria la reforma del sistema procesal electoral, para revisión de los fallos emitidos en primera instancia como en segunda, partiendo desde la reestructuración de los Jurados Electorales Especiales, en los cuales su conformación debe ser esencialmente por peritos en derecho, más no de la forma actual, con lo cual garantizaremos la emisión de fallos motivados en primera instancia.

CUARTA:

Complementando el punto anterior, una segunda reforma independiente a la primera, sería la reestructuración del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, agregándose dos nuevos magistrados, la conformación de dos salas permanentes para resolver los procesos electorales, con lo cual garantizamos el derecho a la defensa, doble instancia y sobretodo que obtener fallos con un mayor nivel de argumentación y motivación.

QUINTA:

Si bien es cierto, en procesos electorales llevados ante el Jurado Nacional de Elecciones, puede darse el caso de la restricción de derechos fundamentales, para lo cual dichas decisiones deben estar debidamente argumentadas y motivadas, debiendo considerar que se fundamenten en un objeto legítimo, que guarde relación directa con

el objetivo legítimo que se desea alcanzar, que sea proporcional al objeto legítimo que se desea alcanzar y por último que afecte el contenido esencial de los derechos fundamentales.

SEXTA:

No es perjudicial la existencia del amparo electoral, pero si dicho proceso debe ser limitado estrictamente a temas de fondo en relación a la afectación de derechos fundamentales, debiendo reglamentarse dicho proceso, teniendo competencia para resolver los mismos la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, como antesala al Tribunal Constitucional, procesos que en base a las propuestas de reforma antes mencionadas, serán muy pocos.

SEPTIMA:

En consideración a las modificaciones propuestas y la creación del amparo electoral, se hace necesario también concientizar a la población de la eficacia de los procesos electorales, para que tengan confianza de los mismos y del Jurado Nacional de Elecciones como ente rector en dicha materia, para así evitar la desnaturalización del amparo electoral, que en muchos de los casos por litigio insulso se verán frente a fallos negativos en sede judicial y constitucional, sobre materias ya resultas en sede electoral. Para lo antes expuesto debe darse una adecuada cultura cívica en los ciudadanos.

BIBLIOGRAFIA

- **ABAD YUPANQUI, Samuel**, El proceso constitucional de Amparo, Gaceta Jurídica, 1ra Edición, Lima, 2004.
- **ARAGÓN REYES Manuel**, Consideraciones sobre el recurso de amparo, Anuario de Derecho Publico y Estudios Políticos, Granada, 1988, Nº 1.
- **ARAGON REYES Manuel**, El control como elemento inseparable del concepto de Constitución, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: CEC, Nº 19, 1987.
- **ATIENZA, Manuel**, Las razones del Derecho, Teoría de la argumentación jurídica, Palestra, Lima, 2006.
- **BIGLINO CAMPOS Paloma**, La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, REDC, Año 10, Nº 29, 1990.
- **BRICEÑO SIERRA, Humberto**, Apuntes para una teoría del amparo, Revista Jurídica, México, Nº 7.1975.
- **BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo**, Derechos Fundamentales y Proceso Justo, Edit. Ara Editores, Lima, 2001.
- **CASCO Javier César**, Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la Ley de amparo nacional Revista Jurídica la Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-B.
- **CASTRO, Juventino**, Lecciones de garantías y amparo, 3ra. ed., México, Porrúa, 1981.
- **CEPEDA ESPINOSA José Manuel**, Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional, Bogotá: Legis, 2001.
- **Código Procesal Constitucional**, *Biblioteca Básica Legal*, Colegio de Abogados de Arequipa, Tomo I, Legislación Peruana General LPG, Arequipa, 2005, p. 116.
- **COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS**, Derechos Fundamentales e interpretación Constitucional, Lima, 1997.
- **DANÓS ORDÓÑEZ Jorge**, y **ZEGARRA Valdivia, Diego**, El procedimiento de ejecución coactiva, Comentarios al nuevo régimen legal: Ley 26979 y Código Tributario, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
- **DE OTTO, Ignacio**, Estudios sobre el Poder Judicial, Edit. Temis, Bogota, 2003.
- **DUEÑAS RUIZ Oscar José**, Procedimiento en la tutela y control constitucional, Santa FE de Bogota: Ediciones Librería del Profesional, 1996.
- **ECO, Umberto**, Como se hace una tesis, Gedisa Editores, Barcelona, 2005.

- **ELIAS MUSSI, Edmundo**, Improcedencia del Juicio de amparo en materia electoral en el derecho mexicano, Justicia 89, Nº II, Librería Bosch, Barcelona, 1989.
- **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo**, La Acción constitucional de amparo en México y España, 2 Ed., México: Porrúa, 2000.
- **FIX ZAMUDIO Héctor**, El derecho de amparo en México y en España, su influencia recíproca, Revista de Estudios Políticos Madrid: CEC, Nº 7, 1979.
- **FLORES POLO, Pedro**, Diccionario de Términos Jurídicos, Editores importadores S.A., Lima, 2003.
- **GALVÁN RIVERA Flavio**, Apuntamientos sobre la evolución de la justicia electoral en México, Seminario Internacional sobre Resolución de Conflictos Electorales, 27-29 marzo 2000, San José, Costa Rica.
- **GARCIA BELAUNDE Domingo**, El habeas corpus en la nueva Constitución, Revista Jurídica del Perú, Lima, 1980.
- **GARCÍA RUIZ Luís**, "El recurso de amparo durante la II República española", Revista de Estudios Políticos, Madrid: CEC, Nº 7, 1979.
- **GASCON ABELLAN, Marina, GARCIA FIGUEROA, Alfonso**, La Argumentación en el Derecho, Palestra Editores, Lima, 2005.
- **HERNANDEZ VALLE; Rubén**, Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional, Jurista Editores, Lima, 2005.
- **HUERATA GUERRERO, Luís**, Jurisprudencia Constitucional e Interpretación de los Derechos Fundamentales, en Comisión Andina de Juristas, - Derechos Fundamentales e Interpretación constitucional - Ensayos, jurisprudencia- Serie: Lecturas sobre temas Constitucionales Nº 13, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1997.
- **LUCAS VERDÚ Pablo**, Singularidad del proceso constituyente español, Revista de Estudios Políticos, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Nº 1. 1978.
- **MARTINEZ ALARCÓN Ma. Luz**, Nota sobre la dualidad de vía (alternatividad) para la protección de los derechos fundamentales en el contencioso-administrativo, Revista de Estudios Políticos, Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 107, 2000.
- **MINISTERIO DE JUSTICIA**, Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Lima, julio, 2001.
- **OLIVER ARAUJO Joan**, El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales, Revista de Estudios Políticos, Madrid: CEPC, Nº 120, abril-junio, 2003.
- **OSUNA PATIÑO Néstor Iván**, Tutela y Amparo: derechos protegidos, Universidad Externado de Colombia: Santa Fe de Bogotá, 1998.

- **PALOMINO MANCHEGO, José**, *El Control Constitucional de las decisiones electorales ¿Discusión zanjada o controversia latente?*, Revista Peruana de Derecho Público, Año 6, Nº 11, Julio- Diciembre, Lima, 2005.
- **PANIAGUA CORAZAO Valentín**, Sistema electoral en la Constitución de 1993, Análisis y comentarios, CAJ, Lima 1994.
- **PANIAGUA CORAZAO Valentín**, Un triplico institucional: los organismos electorales, en el libro editado por Fernando Tuesta, Los enigmas del poder, Fujimori 1990-1996, Fundación Friedrich Ebert, 2 ed., Lima, 1997.
- **PEREZ LUÑO, Antonio**, Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho, Ed. Palestra, Lima, 2005.
- **RAMOS NUÑEZ, Carlos**, Como hacer una tesis en Derecho y no envejecer en el intento, PUCP., Lima, 2003.
- **RÓN MOREYRA Gonzalo**, El nuevo trámite de las acciones de garantía, El Peruano, Lima, 27 de enero de 1995.
- **ROSPIGLIOSI VEGA, Alejandro**, La Irrevisibilidad de las Decisiones Electorales del JNE en el Sistema Legal Peruano, Escuela Electoral, Martes 04 de octubre del 2005, Gerencia de Educación, Lima.
- **SAGUES, Néstor**, Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo, 5a. ed., editorial Astrea, tomo 3, Buenos Aires, 2007.
- **SANCHEZ, José**, El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano, Reseña del libro de Lira González, en Revista Jurídica – Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, México, Nº 06, 1974.
- **SALGADO, Alí Joaquín y Alejandro César VERDAGUER**, Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, 2da ed., Buenos Aires, Astrea, 2000.
- **TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny**, Ensayos de Derecho Constitucional General, Adrus, Arequipa, 2007.

Páginas Webs

- Corte Interamericana de Derecho Humanos www.cidh.com
- El Peruano es www.elperuano.com.pe.
- Jurado Nacional de Elecciones www.jne.pe
- Tribunal Constitucional es www.tc.gob.pe.



ANEXOS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARIA

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



“El Amparo electoral en el Perú - 2007”

**PROYECTO DE INVESTIGACION
Presentado por la Bachiller**

KATERINE SALAZAR CALDERON SAMALVIDES

**AREQUIPA – PERÚ
2007**

PREAMBULO

Parece innecesario advertir el interés que puede tener el estudio de los conflictos de competencia interinstitucionales, pero dado el caso de la presente investigación podemos estar hablando de la trasgresión de la autonomía que los organismos del Estado tienen frente a otros.

Escasas son las ocasiones en el Perú en las que nos encontramos frente a dos instituciones públicas de las que se puede decir que vienen haciendo bien su trabajo y que vienen forjando así una credibilidad que sería mezquino no reconocer, más allá que, en ocasiones, se discrepe de las decisiones que adoptan. Nos referimos al Tribunal Constitucional (TC) y al Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

El enfrentamiento que pueda darse entre los diversos organismos del Estado, no contribuye al desarrollo político e institucional del Estado, puesto que al tener estos autonomía administrativa, económica y política, establecida en la Constitución y en sus respectivas leyes orgánicas, por lo que dichos enfrentamientos no deberían darse, según nuestro marco legal existente, pero dicho ideario se ve transgredido cuando es uno de los organismos del Estado, quien en ejercicio de su potestad de supremo interprete de la Constitución (Tribunal Constitucional), revisa los fallos del Jurado Nacional de Elecciones, quien resuelve en última instancia los temas electorales, lo cual se encuentra contemplado en la Constitución.

La polémica suscitada el año pasado con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso Castillo Chirinos, y en el presente año a razón de la muy cuestionada sentencia 007-2007-AI-TC, la misma que permite y faculta no solo al Tribunal Constitucional, sino también al Poder Judicial a revisar aquellos fallos en los cuales se violentan los Derechos Humanos vía proceso de amparo (bajo la modalidad del amparo electoral), siendo este el argumento principal para transgredir la propia Constitución, punto en el cual nos encontramos en un conflicto de principios y normas, tema que viene siendo discutido en diversas posiciones al respecto, pero que la presente investigación no desarrollara en profundidad.

La presente investigación se centrara en analizar lo ya resuelto por el TC, la procedencia del amparo electoral y su regulación en nuestra legislación, la misma que no debe tomarse en forma general al proceso contenido en el Código Procesal Constitucional, sino debe contener ciertas restricciones para evitar que este recurso sea mal utilizado y generalizado por candidatos o partidos políticos en pos de fines personales y políticos.

PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. Problema de Investigación

1.1. Enunciado del Problema:

“El Amparo Electoral en el Perú – 2007”

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 Área de Conocimiento:

Campo : Ciencias Jurídicas

Área : Derecho Constitucional

Línea : Derecho Procesal Constitucional

1.2.2. Análisis de Variable

La variable de la presente investigación es:

Variable	Variabes	Indicadores	Sub Indicadores
Variable Única	El Amparo Electoral en el Perú.	<ul style="list-style-type: none"> - El proceso de Amparo en la Doctrina Constitucional. - Elementos constitutivos del Amparo Electoral. - La sentencia del Tribunal Constitucional y sus alcances. 	<ul style="list-style-type: none"> - La procedencia y el alcance del Amparo en el Código Procesal Constitucional. - Límites y restricciones al Amparo Electoral. - Legislación comparada, México, Costa Rica y España.

1.2.3. INTERROGANTES BASICAS

1. ¿Cómo se regula el proceso de amparo en el marco legal constitucional peruano?
2. ¿Qué elementos ha considerado el Tribunal Constitucional para la procedencia del amparo electoral en nuestra legislación?
3. ¿Cuáles son los alcances, límites y restricciones que debería considerarse para que pueda funcionar el amparo electoral en nuestro país?

4. ¿Cómo se da la tratativa legal del amparo electoral en la legislación de otros países que acogen esta figura en su legislación?

1.2.4. TIPO DE NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La investigación será:

- **Por su finalidad** : Aplicada
- **Por el tiempo** : Longitudinal
- **Por el nivel de profundización** : Descriptiva -Explicativa
- **Por el ámbito** : Documental

1.3. JUSTIFICACION DEL PROBLEMA

La importancia institucional que representa el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional, en el ordenamiento democrático y legal en nuestro país es indiscutible. En el caso del TC, ha labrado una jurisprudencia constitucional tuitiva de los derechos fundamentales, no le ha temblado la mano para resolver temas complicados que se le pusieron al frente y, por su parte, el JNE logró dirigir con éxito el reciente proceso electoral en primera y segunda vuelta, esto es muy importante en democracias aún frágiles como la peruana, pero lamentablemente, desde hace un buen tiempo venimos asistiendo a una fuerte disputa entre el TC y el JNE. La manzana de la discordia es la posibilidad de que las resoluciones del JNE puedan ser –o no- sometidas a control constitucional por parte del TC vía acciones de garantía. En base al texto expreso de los artículos 142º y 181º de la Constitución de 1993, el JNE sostiene que sus resoluciones no son revisables en caso excepcional de control constitucional. Por su parte, la jurisprudencia del TC ha interpretado en cambio que no puede haber ningún acto o medida de los poderes públicos que esté exento de eventual control constitucional, como consecuencia de la primacía de la Constitución; por tanto, consideran que los referidos artículos 142º y 181º deben ser interpretados en concordancia con otras disposiciones constitucionales, dando a la presente investigación la **característica de originalidad**.

La posición del TC quedó respaldada finalmente con la sentencia del proceso de inconstitucionalidad en contra de la Ley Nº 28642 la misma que modifica el artículo 5.8º del Código Procesal Constitucional, en torno a la improcedencia de recurso alguno que revisen los fallos electorales, siendo que después de su modificatoria se estableciera que las *“Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad [léase, el TC], no surten efecto legal*

alguno”; a pesar de ello, el TC ha decidido mantener su jurisprudencia de primacía de la Constitución, no sólo en relación al JNE sino respecto a todos los poderes públicos.

Ya con el fallo de la sentencia 007-2007-AI-TC, bajo la precedencia de diversas sentencias que anteceden la misma, el Tribunal Constitucional determina la procedencia de un recurso “rápido, veloz y efectivo” llámese “amparo”, para poder revisar los fallos electorales emitidos por el JNE en última instancia, debate doctrinario que aún continúa, lo cual destaca **la actualidad** de la presente investigación.

Este desenlace que, por lo demás, es transitorio pues ambas instituciones mantienen sus puntos de vista. Aunque compartimos la tesis del TC de que no debe haber acto o medida de poderes públicos exento de eventual control constitucional, reconocemos que hay argumentos jurídicos que respaldan la posición de ambas instituciones.

Al analizar la sentencia que emite el TC, podremos apreciar que si bien determina la viabilidad del amparo electoral, proceso constitucional desarrollada en España por excelencia, no se ha delimitado los alcances y la restricciones de la misma, debiendo esta institución tener un régimen especial, que pueda darle un proceso especial dentro del mismo proceso de amparo, para así poder evitar que esta institución constitucional como es el “Proceso de Amparo” sea desnaturalizado, como se ha venido dando en nuestra legislación, siendo ello la **relevancia académica** de la presente investigación. Es decir, que se arribe al consenso de considerar, por un lado, que las resoluciones del JNE durante los procesos electorales no son objeto de cuestionamiento vía procesos constitucionales pero que, una vez culminados los mismos, existe la posibilidad excepcional de control constitucional de las decisiones del JNE por parte del Poder Judicial inicialmente y posteriormente por el TC, vía demanda de amparo. Es verdad que este control constitucional, tratándose de un órgano de tanta importancia para el sistema democrático como el JNE, debería ser objeto de reforma constitucional para que sea el TC, en instancia única –similar a cómo se tramitan hoy en día los procesos de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley-, el que ejerza en forma exclusiva dicho control.

Es por ello que la presente investigación busca contribuir con ideas originales en el campo de la competencia funcional de los órganos del Estado, siendo ello un **elemento contemporáneo** ya que esencialmente se busca dotar de “herramientas” conceptuales y prácticas a los legisladores, en su obra colectiva de “construcción” gradual de un sistema político y electoral más armónico, funcional y democrático, que eluda los peligros de las lagunas jurídicas desestabilizadoras de la transición política peruana; siempre en la

búsqueda de una tan anhelada, pero a la vez tan compleja y huidiza, construcción de la “grandeza de nuestro sistema de gobierno”.

2. MARCO CONCEPTUAL

Para la realización de la presente investigación, resulta de suma importancia tener presente en forma clara y precisa los principales conceptos o términos que se han de emplear a través de la investigación, siendo los principales los siguientes:

- ¿Que es el Tribunal Constitucional?

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República¹³⁹.

- ¿Que significa que el T.C. sea el Órgano de control de la constitucionalidad?

Significa que al Tribunal Constitucional se le ha confiado la defensa del principio de supremo constitucional, contra las leyes o actos de los órganos del Estado que pretendiesen socavarlo; interviene para restablecer el respeto a la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular.

- ¿Qué es el JNE?

El Jurado Nacional de Elecciones es un organismo constitucional autónomo que está integrado por representantes elegidos en distintas instancias: El presidente es elegido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República y los cuatro magistrados son designados por la Junta de Fiscales Supremos, por el Colegio de Abogados de Lima, por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades públicas y por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades privadas. Su conformación colegiada propicia su independencia y neutralidad¹⁴⁰.

- ¿Qué funciones tiene el JNE?

El JNE revisa en grado de apelación las resoluciones expedidas en primera instancia por los Jurados Electorales Especiales y resuelve en instancia final y definitiva la controversia.

¹³⁹ (Art. 202° de la Constitución Política del Perú, Art. 1° Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301)

¹⁴⁰ Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones N°26486, Art. 1

También conoce los casos de vacancias declaradas por los Concejos Regionales y Municipales, cuando estas son apeladas y resuelve igualmente en instancia definitiva. Conforme a lo dispuesto por el artículo 181 de la Constitución Política en materias electorales, de referéndum y de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables.

- ¿Qué es el Amparo?

Amparo es la acción de amparar y, amparar, viene del latín anteparare que significa proteger, defenderse¹⁴¹.

"La necesidad de prestar rápida y eficaz garantía a los derechos individuales, así como la notoria insuficiencia del habeas corpus, ha puesto en marcha otro procedimiento que es la acción de amparo (que es) un medio expeditivo para defender cualquier derecho personal contra las restricciones o violaciones ya operadas y las amenazas inminentes..."

Entonces, puede definirse el amparo como el instituto de Derecho Público por medio del cual el titular de un derecho, interés legítimo o difuso, amenazado o afectado ilegítimamente pide al juez competente, que lo proteja y haga cesar los efectos de la amenaza o eventual lesión¹⁴².

3. ANÁLISIS DE ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Realizada la revisión bibliográfica en las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María y Universidad Nacional de San Agustín, como también en el Registro de Tesis de la Asamblea Nacional de Rectores del Perú, no se encontró ningún antecedente investigativo, que guarden relación directa con el problema planteado, dado que la figura del Amparo Electoral, no esta contemplada en el marco legal peruano hasta antes de la Sentencia 007-2007-AI-TC.

4. OBJETIVOS

- Analizar doctrinariamente la regulación y evolución del proceso de Amparo en la legislación peruana.

¹⁴¹ CASTAÑEDA OTSU, Susana, Derecho Procesal Constitucional, Grupo Editorial CPU, Lima, 2004, p. 269.

¹⁴² BOREA ODRÍA, Alberto, Evolución de las Garantías Constitucionales, Edit. Fe de erratas, Lima, 2002, p. 247

- Elucidar teóricamente los considerandos tomados en cuenta por el Tribunal Constitucional al momento de emitir su fallo, y como debe ser considerado por los magistrados.
- Determinar los alcances del Amparo Electoral en nuestra normatividad, estableciendo límites y restricciones en el ejercicio del mismo, por parte de los recurrentes.
- Al ser una institución nueva el Amparo Electoral, analizar la doctrina y marco legal aplicable en otros países que han desarrollado dicho mecanismo, extrayendo elementos aplicables a nuestra legislación y realidad.

5. HIPÓTESIS

PRINCIPIO: Teniendo en cuenta que:

En nuestro ordenamiento constitucional se ha establecido a través del Código Procesal Constitucional, la revisión de los fallos electorales emitidos por el JNE, por parte del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, como mecanismo eficaz, inmediato y alternativo, creándose con ello el Amparo Electoral,

HIPOTESIS: Es probable que:

Al haberse creado dicho mecanismo en nuestro país mediante el fallo del Tribunal Constitucional, es que, se haga necesario el delimitar y reglamentar el mismo, dado que puede ser utilizado y desnaturalizado por los recurrentes, en pos de satisfacer intereses personales o políticos, considerando y tomando en cuenta para ello la legislación y jurisprudencia comparada existente, que se haya desarrollado, para ser adecuada e incluida en nuestro marco legal vigente.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Cuadro de Sistematización de Técnicas e instrumentos

VARIABLE UNICA	INDICADORES	TÉCNICAS DE VERIFICACIÓN	INSTRUMENTOS
El Amparo Electoral en el Perú.	<ul style="list-style-type: none"> - El proceso de Amparo en la Doctrina Constitucional. - Elementos constitutivos del Amparo Electoral. - La sentencia del Tribunal Constitucional y sus alcances. 	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis Conceptual - Observación de fuentes bibliográficas - Análisis Conceptual - Observación de fuentes bibliográficas - Análisis Conceptual - Observación de fuentes bibliográficas 	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas bibliográficas. - Fichas documentales. - Fichas bibliográficas. - Fichas documentales. - Fichas bibliográficas. - Fichas documentales.

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1. Ubicación Temporal.

La posibilidad de la revisión de los fallos electorales se ha dado desde la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 28642, sentencia expedida el 19 de junio de 2007, hasta el 30 de diciembre del 2007.

2.2. Ubicación Espacial.

Por tratarse de un proceso constitucional, la investigación se presenta en el ámbito nacional.

2.3. Unidades de Estudio.

Para la investigación documentaría, las unidades de estudio se encuentran constituidas por los dispositivos legales relacionados a: Constitución Política del Estado, Código Procesal Constitucional, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, Ley Orgánica de Elecciones, Doctrina y Legislación comparada sobre el amparo electoral, Jurisprudencia internacional.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por el propio investigador y el apoyo de tres colaboradores –estudiantes de los últimos años del programa de Derecho-, en cuanto a la documental –dispositivos legales en materia constitucional que contemplen el amparo electoral en la doctrina y en la legislación comparada- estos serán tomados de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa y otras bibliotecas especializadas, así como la que se obtenga vía Internet; siendo que la información de campo, para la presente investigación no es procedente, empleándose para tal efecto las fichas bibliográficas y documentales, donde se consignaran los datos.

3.1. Modo

- Se realiza por el propio investigador, la búsqueda de bibliografía jurídica pertinente en las bibliotecas especializadas de la ciudad, como también libros de autores extranjeros, a efecto de conseguir la información legislativa y teórica, que será consignada en fichas bibliográficas y documentales.
- Se recogerán, a razón de un colaborador por cada país y bajo la dirección del investigador, los datos necesarios del procedimiento del amparo electoral, la forma de su presentación, los requisitos básico, los alcances del mismo y las restricciones en su interposición, información que será consignada en fichas documentales, para posteriormente trasladar los datos a la matriz de registro correspondiente.
- Se revisará, por parte del investigador, las fichas bibliográficas y documentales elaboradas en la recolección de la información.

3.2. Medios

A) RECURSOS HUMANOS

DENOMINACION	N.-	COSTO DIARIO	DIAS	COSTO TOTAL
- Dirección de Proyecto y Ejecución.	1	20.00	120	2,400.00
- Colaboradores	3	30.00	90	2,700.00
- Digitador/ diagramador de gráficas.	1	10.00	10	100.00
TOTALES	5	60.00		5,200.00

B) RECURSOS MATERIALES Y BIENES Y SERVICIOS

DENOMINACION	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel Bond	2000	40.00
Papel Periódico	1000	18.00
Papel Carbón	100	20.00
Fichas Bibliográficas y Doc.	600	60.00
Cartucho tinta de Impres.	02	150.00
Copias Fotostáticas	300	30.00
Anillado	05	25.00
Uso de Computadora	01	100.00
Movilidad	-	200.00
TOTAL		643.00

C) RECURSOS MATERIALES Y BIENES Y SERVICIOS

DENOMINACION	COSTO TOTAL
- Recursos Humanos	5,200.00
- Recursos Materiales, Bienes y Servicios	643.00
COSTO TOTAL GENERAL	5,843.00

3.3. CRONOGRAMA DE TRABAJO

Tiempo	Agosto 2007	Septiembre 2007	Octubre 2007	Noviemb. 2007	Diciemb. 2007
Actividades					
1. Revisión de Bibliografía	X	X			
2. Formulación de Planteamiento Teórico		X	X		
3. Formulación del Planteamiento Operacional		X	X		
4. Recolección de Datos		X	X	X	
5. Estructuración de Resultados				X	X
6. Redacción de Informe Final					X

IV. BIBLIOGRAFÍA INICIAL

- **ANDRADE, Eduardo**, *Deficiencias del sistema electoral norteamericano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.
- **ALZAMORA SILVA, Lizardo**, *Derecho Constitucional General y del Perú, I Parte, Derecho Constitucional General*, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1942.
- **CAPEL**, *Diccionario electoral*, 3a. ED., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003
- **FRIEDRICH, Carl. J.**, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- **GARCÍA BELAUNDE, Domingo**
Control Constitucional, en *Boletín bibliográfico e informativo*, Edit. PUCP, Lima, 2003.
- **QUIROGA LEÓN, Aníbal**:
Las garantías constitucionales de la administración de justicia, en AAVV. *La Constitución diez años después*. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989.
- **RAMOS NUÑEZ, Carlos**
Como hacer una tesis en Derecho y no morir en el Intento, Editorial PUCP, Lima, 1998.

- **SOUSA CALLE, Martha y DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge:**
Control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general, en **Francisco Eguiguren (Director)**. *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco Editores, Lima 1987.

- **PLANAS SILVA, Pedro:** Regímenes Políticos Contemporáneos. Ed. Amauta, Lima, 1995.

- **FIX-ZAMUDIO, Héctor,** *El sistema presidencial y la división de poderes en el ordenamiento mexicano*, Libro-Homenaje Manuel García Pelayo, Tomo I, Caracas, 1980.

INFORMATOLOGIA

- www.justiciaviva.org.pe/notibak/2005/10octubre/20/nota03.htm

- weblogs.elearning.ubc.ca/peru/archives/020068.php

- www.tc.gob.pe/notas_prensa/nota_06_073.html

HEMEROGRAFIA

- **PALOMINO MANCHEGO, José,** *El control constitucional de las decisiones electorales, ¿Discusión zanjada o controversia latente?*, en Revista Peruana de Derecho Público, Ed. Palestra, Año 6, Nº 11, Julio –Diciembre, 2006.

ANEXOS

FICHA BIBLIOGRAFICA

NOMBRE DEL AUTOR:

TITULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

Código:

FICHA DOCUMENTAL

NOMBRE DEL AUTOR:

INDICADOR:

TITULO:

IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:

FECHA:

RESUMEN:

COMENTARIO:

LOCALIZACIÓN:

FICHA MATRIZ DOCUMENTAL

INDICADOR:

CONCEPTO DE.....

AUTOR	OBRA	CONCEPTOS	IDEA PRINCIPAL

COMENTARIO

•

**FICHA RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – JURADO NACIONAL
DE ELECCIONES**

INDICADOR:.....

Pregunta:.....

Norma:.....

Resolución - Sentencia:.....

.....

Comentario:.....

.....

.....

FICHA MATRIZ

SENTENCIA / RESOLUCION.....

Sobre:		
Nº Considerando	Entidad	Texto
Comentario		
•		

INDICE

EPIGRAFE

DEDICATORIA

INTRODUCCIÓN

ABSTRACT

CAPITULO I

EL CONFLICTO ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

1. Antecedentes
2. Atribuciones del Tribunal Constitucional.
3. Competencias del Jurado Nacional de Elecciones.
4. La antónima e independencia del JNE
5. Las Sentencias del TC. y el precedente vinculante constitucional.
6. Análisis de la Sentencia 0007-2007-AI-TC

CAPITULO II

EL PROCESO DEL AMPARO Y LA REGULACION DEL AMPARO ELECTORAL EN EL PERU

1. Antecedentes.
2. Naturaleza del Proceso de Amparo.
3. Elementos constitutivos del Proceso de Amparo.
4. De los derechos que se defienden con el Amparo.
5. El uso de las vías previas.
6. El Amparo Electoral
7. Alcance del Amparo Electoral.
8. Restricciones y Limites al Amparo Legal.
9. El Amparo Electoral como proceso especial.

CAPITULO III

EL AMPARO ELECTORAL Y LA LEGISLACION COMPARADA EN ALGUNOS PAISES AMERICA Y EUROPA

1. El Amparo Electoral el México.
2. El Amparo Electoral en Costa Rica.
3. El Amparo Electoral en España.
4. Análisis de Sentencias emitidas en México.
5. Análisis de Sentencias emitidas en Costa Rica.
6. Análisis de Sentencias emitidas en España.

CONCLUSIONES

SUGERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

Arequipa, Agosto 2007



El Peruano

DIARIO OFICIAL

PROPUESTA PARA EL DESARROLLO DEL “PROCESO DE AMPARO ELECTORAL”

I. Cuestiones Generales

Una primera cuestión que se plantea en relación con recursos de amparo electorales es la de determinar cuales son los actos concretos susceptibles de impugnación. La Ley no establece este mecanismo para impugnar cualquier acto que atente contra los derechos fundamentales en el proceso electoral sino que señala generalidades al respecto.

Como ya se ha indicado, las mayores particularidades de los recursos de amparo electorales derivan de la urgencia con que deben ser tramitados y resueltos a efectos de permitir el correcto desarrollo y conclusión de los procesos electorales y, con ello, la correcta constitución de los órganos representativos.

Pero, al mismo tiempo, el propio Tribunal ha destacado que el principio general de colaboración de las partes para la administración de la justicia, por lo cual adquiere una especial relevancia y significación en este tipo de recursos la necesidad de la brevedad de los plazos, en especial teniendo en cuenta que esos justiciables (candidatos y candidaturas), por definición, son protagonistas del proceso electoral y tienen, o deben tener, pues, un cierto grado de necesidad en la celeridad de los mismos en razón a su interés legítimo.

A la vista de los múltiples casos que puedan darse en relación a la posibilidad de poder interponer el recurso de amparo electoral, podemos señalar los siguientes casos:

II. AMPARO EN PROCESOS ELECTORALES

2.1. El recurso de amparo electoral contra la proclamación de candidaturas y de candidatos

Es la primera de las figuras que pueden presentarse en época electoral, vale decir en elecciones, las cuales pueden darse de la siguiente forma:

1. A partir de la inscripción, cualquier movimiento político y/o candidato excluido cuya

inscripción hubiera sido denegada por incumplir algún requisito o por Tacha presentada en su contra, disponen de un plazo de dos días (2), para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de los JEE, el mismo que será elevado al JNE para resolver.

2. Recibido el recurso de apelación ante el JNE, este será derivado por orden de ingreso a cualquiera de las dos salas permanentes del JNE, las mismas que deberán resolver el mismo en un plazo de diez (10) días de recibido el expediente.
3. La resolución emitida por cualquiera de las Salas, son pasibles de recurso Extraordinario, presentado a los tres (3) días de notificada la resolución. el mismo que deberá ser resuelto por el Pleno del JNE, en el plazo de cinco (5) días, de recibida la misma. La resolución emitida por el Pleno del JNE en el presente proceso son irrevisables y no procede el recurso de amparo alguno.

Por lo que respecta al presente caso los actos susceptibles de impugnación, como hemos visto son las resoluciones de los JEE sobre inscripción y habilitación de candidatos y/o organizaciones políticas. Se trata, con ello, de crear un cauce especialmente rápido que permita que solo puedan concurrir a las elecciones los candidatos y candidaturas que cumpla con las exigencias legales. Si no existiera el sistema de control la eventual anulación de una exclusión indebida o de una proclamación incorrecta llevada a cabo a través de los mecanismos judiciales generales se producirá mucho tiempo después de que efectivamente se llevara a cabo la elección, resultando, pues, inútil.

Como es lógico, la previsión señalada se refiere a cualquier proceso electoral, elecciones por sufragio universal directo, categoría en la que hay que incluir los siguientes procesos: elecciones presidenciales, elecciones generales al congreso, elecciones de presidentes regionales, alcaldes provinciales y distritales.

2.2. Los procesos Post Electorales

Dentro de la presente clasificación podemos encontrar los procesos de vacancia, revocatoria, referéndum.

Para el presente caso podemos considerar lo siguiente:

1. Emitida la resolución por parte de cualquiera de las dos salas electorales, el afectado en sus derechos podrá apelar dicha decisión en el plazo de tres (3) días de notificada la misma, mediante recurso de apelación.

2. La Sala Electoral resolverá en el plazo de diez (10) días de recibida la misma, a lo cual cabe aún recurso de Extraordinario de Revisión el mismo que deberá de ser interpuesto a los tres (3) días de notificada la resolución.
3. El Pleno del JNE resolverá el recurso Extraordinario en el plazo de cinco (5) días de recibido el mismo. Las resoluciones emitidas por el JNE, son pasibles de ser revisables mediante proceso de amparo electoral.

En el presente caso con la resolución emitida por el Pleno del JNE, se da cumplimiento a lo señalado por el art. 45º del CPCConst. que establece el agotamiento de las vías previas.

4. La interposición de la demanda de amparo, deberá realizarse ante la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, la misma que calificara de acuerdo al plazo establecido en los procesos de amparo.

III. REGLAS PARA REGULAR EL “AMPARO ELECTORAL”

Sentado lo anterior resulta necesario establecer las reglas procesales para la procedencia del “amparo electoral”. Estas reglas deben ser interpretadas siempre atendiendo a los principios constitucionales *pro homine* y *pro actione*, a fin de que el proceso constitucional cumpla su finalidad de tutelar la supremacía jurídica de la Constitución y los derechos fundamentales.

3.1. Regla procesal:

El Congreso de la República de conformidad con el artículo 102º Inc. 1º y 103º de la Constitución, tiene la facultad jurídica para dar leyes, reglamentar las mismas, siendo en el presente caso que se regula un proceso dentro de otro como es el caso del “amparo electoral” el mismo que el mismo proceso del amparo, con algunas restricciones procesales.

3.2. Regla sustancial:

Para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo electoral”, el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos:

3.2.1. Objeto:

Constituirá objeto del “amparo electoral”.

a) La **resolución desestimatoria** ilegítima de segundo grado, emitida por el JNE en el trámite de un proceso electoral, donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial en defensa de los Derechos Fundamentales, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.

b) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de “amparo contra amparo” las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.

3.2.2. Pretensión:

El nuevo amparo podrá incluir como pretensión sólo si la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es de tal intensidad que desnaturaliza la decisión misma y la convierte en inconstitucional; caso contrario, no procederá el “amparo electoral” por haberse configurado la cosa juzgada en materias electoral. También puede invocarse como pretensión el desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial en materia de Derechos Humanos, conforme esta ha sido emitida por organismos supranacionales.

3.2.3. Sujetos legitimados:

Las personas legitimadas para interponer una demanda de “amparo electoral” son las siguientes:

Frente a la *resolución estimatoria* ilegítima de segundo grado, emitida por el JNE en el trámite de un proceso electoral, donde se haya producido la violación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o se haya desconocido la doctrina jurisprudencial en materia electoral y derechos fundamentales, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional; podrán interponer una demanda de “amparo electoral” los directamente afectados, siempre que tal afectación haya sido debidamente denunciada al interior de la segunda instancia en el proceso electoral y esta no haya sido respondida por el Pleno del JNE o lo haya sido de forma insuficiente.

Estas legitimaciones para interponer el recurso contencioso-electoral o para oponerse a los que se interpongan:

- Los candidatos proclamados o no proclamados.
- Los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción.
- Los partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción”.

En definitiva, la legitimación en ambos procesos se reconoce solo a los protagonistas de los procesos electorales como candidatos o candidaturas, o quienes debieran serlo, sin que puedan terceros, incluidos los electores, poner en marcha estos mecanismos procesales invocando interés general alguno o interés legítimo distinto del de concurrir a las elecciones.

3.2.4. Competencia:

A efectos de obtener un pronunciamiento de conformidad con el valor superior *justicia* y con el derecho fundamental a un juez imparcial, la competencia correspondería a la de Derecho Constitucional y Social Transitoria.



SUSTENTACIÓN DE ANTERO FLORES-ARAOZ, DEL DICTAMEN DEL PROYECTO DE LEY PARA MODIFICAR EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, PARA CONFIRMAR QUE LAS RESOLUCIONES DEL JNE SON FINALES Y NO REVISABLES

El señor PRESIDENTE.— Se concede la palabra al señor Presidente de la Comisión de Constitución.

El señor FLORES-ARÁOZ ESPARZA (UN).— Gracias, señor Presidente. Señor, aquí hay varios proyectos ahora en discusión sobre el Código Procesal Constitucional. Hay un proyecto del Jurado Nacional de Elecciones, hay un proyecto de varios de los miembros de la Comisión de Constitución, hay también el Proyecto N.º 13648, del congresista Lescano; el proyecto a que me he referido del Jurado; el Proyecto N.º 13671, del congresista Rodrich; el Proyecto N.º 13919, del congresista Carrasco. Espero no olvidarme de ninguno. Y si me hubiere olvidado y luego surja algún otro, que se agregue a los antecedentes.

El Presidente del Jurado Nacional de Elecciones conjuntamente con los miembros de su institución vinieron a la sede del Congreso, a la Comisión de Constitución, para tratar temas vinculados con los comités de los partidos políticos y el registro de las agrupaciones políticas.

En esa reunión, señor, de hace varias semanas, tanto oralmente como por escrito el Jurado Nacional de Elecciones nos advirtió: "Cuidado, en el Código Procesal Constitucional hay un artículo, el 5.º, con un inciso 8), que atenta —según ellos— contra la autonomía del Jurado Nacional de Elecciones al permitir que cuando pudieran ser conculcados o afectados derechos humanos vinculados con el derecho de defensa, por ejemplo, o el debido proceso, pudiera intervenir por afectación de derechos sustantivos y sustanciales todo el control constitucional que tiene a su cargo" ¿Quién? El Tribunal Constitucional.

Debatimos el tema, miramos el asunto, recibimos diversidad de opiniones. Y también vimos antecedentes, como los antecedentes que se han consignado en el dictamen de la Comisión.

El tema de la asunción de competencia del Tribunal Constitucional en temas electorales, no es a partir de la dación del Código Procesal Constitucional sino de antes. Ellos por sí, ante sí y porque lo decidieron, asumieron esa competencia cuando se pudo haber afectado derechos sustanciales.

Qué dice el Jurado Nacional de Elecciones? El Jurado Nacional de Elecciones dice: "Oigan ustedes, el Tribunal Constitucional tiene que ver con el control constitucional y cuando hay afectación de derechos en general. Pero la Constitución del Estado ha previsto que para temas electorales tengamos facultades jurisdiccionales. Y la Constitución ha querido que solamente la autoridad electoral tenga que ver sobre el particular".

Y así el artículo 142.º genéricamente dice: "No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral". Y luego se refiere al Consejo Nacional de la Magistratura, que acá no está de modo alguno en conflicto ni hay ninguna situación relevante.

El Tribunal Constitucional dice: "Señores, no son revisables en sede judicial. Claro, yo no soy sede judicial. Soy sede jurisdiccional. Por lo tanto, ese artículo no tiene nada que ver con nosotros". Cierto, señor.

Pero agrega el artículo 181.º de la Constitución: "El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia, resuelve con arreglo a ley y a los principios generales del derecho". Añade, señor: en tres materias: en materias electorales, en materias de referéndum y en materias de otro tipo de consulta populares. Tres casos, señor. No más. No otros. Estos tres sus resoluciones que son dictadas en instancia final, en instancia definitiva. No son revisables. Y contra ellas no procede recurso alguno.

La Constitución, señor, en el artículo 181.º no sólo quiso poner un candado, puso un *lock* dándole cuatro vueltas a la chapa. Primero dijo: las resoluciones son finales. Pudo haberse contentado con eso, y tenía efectos, sí, señor. Pero le dio una segunda vuelta a la llave del candado o de la chapa, y dijo: además de finales, son definitivas. Pero no se contentó con eso, señor, sino le agregó otra vuelta más al candado, y dijo: son irrevisables. Y le agregó, señor, otra vuelta más por si acaso, y dijo: no cabe recurso alguno.

Entonces tenemos, señor, una chapa o un candado al que se le ha dado cuatro vueltas, y simplemente hoy día se quiere, por algunas personas, darle las vueltas en sentido inverso para que no haya chapa, para que no haya candado, y para que otras autoridades puedan meter la nariz, en temas, que la Constitución ha querido que sean solamente para el Jurado Nacional de Elecciones.

Y tiene lógica, señor. Si vemos todos los antecedentes, las dos últimas o tres últimas constituciones, que se ha hecho lo mismo, que el Jurado es última instancia en temas electorales, es porque el tema electoral, señor, igual que el referéndum y otras consultas populares, el registro de sus candidatos, las tachas, la proclamación de ganadores, etcétera, tiene que hacerse con mucha rapidez. ¿Por qué, señor? Porque el peligro es, que si intervienen otras autoridades, pudiéramos tener, como que tenemos, una fecha límite de ejercicio de las autoridades que salen.

Por ejemplo, en la próxima elección general para Presidente y Vicepresidente de la República, serán el 28 de Julio. El 28 de Julio, el Presidente actual y su vicepresidente ya no lo son más. Pero tenemos otros que son elegidos, y que pueden ser susceptibles de todos estos recursos: derivaciones procesales, etcétera, ante otras autoridades que no son el Jurado Nacional de Elecciones.

Y sabemos, señor, que eso demora, y podríamos tener un vacío de poder, porque el que termina sale y no puede continuar; plazo cierto, fecha cierta, y el que necesita entrar o el que va a entrar,

todavía está cuestionado.

Si bien es verdad, señor, que en la normatividad legal tenemos normas generales y especiales, es cierto que el control de la normatividad del Perú, embonada con la Constitución, lo tiene en el control concentrado el Tribunal Constitucional; y en el control difuso, en cada norma o en cada proceso, el Poder Judicial.

Evidentemente, hay ese control como cuestión general, la norma general lo determina. Pero hay una norma especial, que es el artículo 181.º de la Constitución, en la que señalan esas cuatro vueltas al candado; esas cuatro vueltas a la famosa chapa, y dice como norma especial: señor, ese Jurado, su resolución es definitiva; su resolución es final; su resolución no es revisable, y no cabe recurso alguno.

¿Qué dicen los miembros del Tribunal Constitucional? Dicen: señores, cuidado ah, en la doctrina hay sentencias aditivas, hay también sentencias exhortativas, hay sentencias manipulativas. Sí, señor, en la doctrina. Y la doctrina siempre está por delante de la legislación, adelante en el tiempo. Es como los precursores de la Independencia. No hubiera podido haber Independencia si no hubieran precursores. No hubiera podido haber Cristo, si no hubiera habido San Juan Bautista.

Esto es mas que claro: Primero va la doctrina, y los doctrinarios, ¿qué tratan? De incorporar la doctrina a la legislación; pero mientras no esté incorporada a la legislación, la doctrina solamente es un fundamento, simplemente es una fuente de derecho supletoria. Suple en defecto de la ley, pero no la puede sustituir, señor, cuando la ley existe.

Mientras está en la doctrina, nos sacamos el sombrero, señor. Qué inteligentes son, qué brillantes, magnífico, cuántos libros han escrito. Pero eso, todavía no se ha plasmado en la norma y mientras no se plasme en la norma, seguirá siendo doctrina. Y entre doctrina y norma, tenemos que preferir la norma.

Y por eso, la Comisión de Constitución en mayoría, señor, y no voy a citar autores, porque sino me cansaría. La Comisión de Constitución ha traído un texto para modificar el inciso 8) del artículo 5.º del Código Procesal Constitucional, para poner un quinto candado, una quinta vuelta de esa chapa. Ojalá, tenga efecto, señor.

Queremos que esas resoluciones sean finales, para que puedan ser oportunas. Y agregamos, señor, será de responsabilidad de quien trasgreda esta norma en el Código Procesal Constitucional, quien trasgrede esa norma será lógicamente responsable de sus efectos.

Y damos ese nuevo amarre, señor, para que no quepa, contra solamente estas tres materias, ninguna otra materia, no quepa recurso ni acción ni ninguna revisión por ningún otro ente, que no sea el Jurado Nacional de Elecciones.

Para otras materias, señor, algunos congresistas, como el congresista Maurice Mulder y el congresista Diez Canseco, —si mal no recuerdo— iban a presentar un texto adicional para otras materias, para buscar lógicamente, —qué le podría decir— la tutela efectiva del Tribunal

Constitucional, pero en otras materias, cuando se afecten derechos sustanciales que no tengan que ver ni con materia electoral ni tampoco, señor, con referéndum y menos aún, con otras consultas populares.

El tema, señor, es que hemos preferido la norma y la literalidad de la Constitución a cualquier otra, señor, elucubración, por mas respetable que sea, de los tratadistas. Preferimos la Constitución y su literalidad.

Por eso, pido sea aprobado el proyecto que sustento, como Presidente de la Comisión, que han tenido la gentileza de encomendarme. Gracias, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.— Por último, el Presidente de la Comisión de Constitución, doctor Ántero Flores-Aráoz.

El señor FLORES-ARÁOZ ESPARZA (UN).— Presidente: Si usted fuera tan gentil, me pide una interrupción inicial el congresista Villanueva.

El señor PRESIDENTE.— Concedida.

El señor FLORES-ARÁOZ ESPARZA (UN).— Gracias, Presidente.

El señor PRESIDENTE.— Continúe, por favor.

El señor FLORES-ARÁOZ ESPARZA (UN).— Comienzo, señor.

He escuchado todas las intervenciones, señor, que se han dado en este debate, y es un tema perfectamente opinable. No es cuestión de darle la razón ni al Jurado Nacional de Elecciones ni al Tribunal Constitucional.

Los miembros del Tribunal Constitucional también tienen valiosísimas expresiones y una valiosísima opinión, pero son opiniones. Éste es un asunto opinable, hay argumentos a favor y en contra, es cuestión de decidir cuál es el que vamos a tomar.

Se puede decir aquí muchas cosas, señor, mil ochocientos jueces, coincido, es una barbaridad. Pero quién nos garantiza, señor, lo otro. Lo que pretendemos es poner un candado adicional a lo que dice la Constitución.

¿Qué, es Pleno? No es porque hemos visto cómo ha sido agujereado el sistema; sin embargo, los amparos tienen 21 años, nunca se ha abierto la puerta como se abre con esa norma del artículo 8.º, inciso 5). Esto es prácticamente,, una invitación a que se presenten amparos.

En 21 años han habido muy pocos. Es verdad que el tema viene de antes del Código Procesal Constitucional, pero como es con este artículo, estamos incentivando, estamos invitando, estamos estimulando, estamos fomentando a que el tema sea resuelto en otras instancias que no es el Jurado Nacional de Elecciones pese a la literalidad de la norma.

Entiendo perfectamente, señor, lo de la defensa de los derechos fundamentales, el debido proceso, por supuesto, y también del derecho a la defensa. Pero no por eso podemos desconocer la Constitución.

La tutela, de lo que se llama la tutela del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos humanos y la normatividad que contiene sobre ella la Constitución son normas generales, pero ante una norma general tiene que aplicarse y tiene que preferirse la norma específica con la literalidad que señala la Constitución.

Se ha dicho también, señor, mil ochocientos jueces. Coincido, hay que seguir cerrando la puerta, pero no hay que abrir otra puerta para que pueda ser la Corte Suprema, por ejemplo, o el Tribunal Constitucional porque la Constitución dice en el artículo 142.º que no cabe procedimiento judicial en estos asuntos que tienen que ver con el tema electoral.

El doctor Mulder con razón, señor, presenta una alternativa, pero lamentablemente como la nuestra o como la del doctor Amprimo no resuelve totalmente el problema.

Entonces, estamos acá ante una situación que ninguna de las fórmulas, señor, es perfecta.

Yo sugiero la de la Comisión de Constitución, señala, señor, el cumplimiento de la materia, de las materias, que son de competencia del Jurado Nacional de Elecciones.

Creo que el doctor Amprimo me pide una interrupción, que con el mayor gusto sin ser intérprete adivino sí su pensamiento.

El señor PRESIDENTE.— Siga, congresista.

El señor FLORES-ARÁOZ ESPARZA (UN).— Con el mayor gusto.

No es que haya cambiado, yo siempre he creído que los temas del derecho son opinables y que no hay verdades absolutas. Esto no es la vida y la muerte, todo es opinable. Simplemente, que en estos temas opinables podemos tener diferencias, como que las tenemos.

Algunos prefieren las interpretaciones y el seguimiento de la doctrina y algunos otros cuando el texto es clarísimo preferimos —como dice Fix-Zamudio— el texto literal, donde no cabe duda alguna.

¿Qué interpreto, señor Presidente? Lo dudoso. ¿Pero puedo interpretar lo que es claro? Cuando, por ejemplo, una norma dice: "esto es blanco", de repente el Tribunal Constitucional interpretando me dice: "Sabes que sí, pero es posible que a las seis de la mañana lo veas blanco crema; a las 12 del día, blanco absoluto; a las 3 de la tarde, blanco humo; y a las 7 u 8 de la noche, blanco sucio". Señor Presidente, cuando dice es blanco, ¡qué necesidad tengo de seguir interpretando qué tipo de blanco es! Es blanco, y punto.

¿Qué pasa, señor Presidente? Insisto, la doctrina suple, pero es una fuente de derecho supletoria; la principal es la ley. Y si bien los tratadistas y la doctrina, sobre todo europea, han considerado todas estas sentencias manipulativas, exhortativas, etcétera, de las que hemos hablado y el Tribunal Constitucional ha ido creyendo que están incorporadas en la ley, no están incorporadas. Cuando lo incorporen, podrán hacerlo, antes no.

Se ha dicho también que aplaudimos al Tribunal Constitucional cuando el Tribunal definió todos los temas controvertidos del terrorismo. Sí, señor Presidente, nos sacó las castañas del fuero, ¿pero qué es lo que pasó luego? Que le gustó el tema y en lugar de hacer solamente legislación negativa ha estado haciendo legislación positiva. ¿Lo dice la Constitución? No, ¿lo dice la ley orgánica? No, ¿lo dice alguna norma legal? No.

Entonces, encontramos que el Tribunal Constitucional con juristas muy importantes, muy versados en la doctrina, lo único que olvidan es que esa doctrina no ha sido incorporada en la legislación y que mientras no es incorpore en la legislación no pueden ir contra la literalidad y claridad de la norma. Esta es nuestra tesis.

También se ha dicho...

Con el mayor gusto, doctor.

El señor PRESIDENTE.— Continúe.

El señor FLORES-ARÁOZ ESPARZA (UN).— Señor, continúo.

Entonces, lo que venía diciendo es que el Tribunal Constitucional se ha venido arrogando facultades que ni este Congreso ni el Congreso Constituyente le dio, no está en la Constitución, no está en su ley orgánica.

¿Qué se pretende con los textos sustitutorios? Que en lugar que hayan mil 800 jueces, haya un embudo, se reduzca el tema y, en lugar de ser mil 800, sean muchísimos menos.

¿Resuelve el tema, señor? No, lo achica, pero no lo resuelve.

Por eso es que nosotros creemos que no es cuestión de darle el amén al Tribunal Constitucional, sino decir clarísimamente que nadie le ha dado esa función y que no puede decidir contra el texto expreso de la Constitución.

La Constitución ha dado norma de excepción, la norma general es que intervenga en la tutela efectiva de los derechos constitucionales. Pero cuando se trata, señor — repito—, del tema electoral, del tema de referéndum y del tema de otras consultas populares, la Constitución ha señalado cuatro candados —lo repito— definitivos, finales, no recurribles y no revisables.

Señor, nosotros vamos crear uno más y el Tribunal Constitucional tendrá, pues, que cumplir con la Constitución porque no es una isla.

¿Qué es lo que estamos proponiendo? Una cosa muy sencilla: modificar ese artículo 5.º para que no sea la gran coladera.

Todo litigante es como Bolognesi, sigue en su proceso "hasta quemar el último cartucho". Si usted le abre la posibilidad de una instancia más, de una vía paralela, de un recurso extraordinario, no se va a quedar nunca contento con la decisión inferior. Tan prueba es que de la estadística que nos envía el Jurado Nacional de Elecciones, más del 50% de las resoluciones de los jurados especiales son recurridas.

Vamos a suponer que de esas 2 mil 500, más de mil 300 llegan al Jurado. De esas mil 300, el 50% lleguen al Tribunal Constitucional: 650. ¿De dónde?, ¿con qué tiempo?, ¿con qué funcionarios?, ¿con qué antecedentes? Nos va a ganar el proceso electoral.

La Constitución ha sido clarísima al determinar cuáles son los temas en que no procede nada más allá de lo señalado por el Jurado Nacional de Elecciones.

Se nos quiere meter miedo con el señor Fujimori. Oiga, señor, el señor fue inhabilitado por este Congreso; y fue inhabilitado clarísimamente por el Congreso de la República por infracción de la Constitución, no por delito. ¿Cuál fue la infracción? Esa renuncia que creyó que usando un fax o pudo usar un correo electrónico simplemente iba a decir "puse pies en polvorosa y acá no pasó nada". Sí pasó, pues, lo inhabilitamos, y fue inhabilitado por diez años. Por lo tanto, eso no puede variar, guste o no guste, no puede variar.

Entonces, señor, que no nos metan tampoco desde afuera —porque no es desde adentro— miedo con ese tema.

Por último, se ha dicho: "Oiga, los cinco miembros del Jurado Nacional de Elecciones pueden equivocarse". ¿Y quién dice, señor, que los siete miembros del Tribunal Constitucional, hoy día seis, hablen ex cátedra? ¿Alguien lo ha dicho?

¿Alguien lo ha señalado? ¿Sus disposiciones son la santidad bendecida, oleada y sacramentalizada? No pues, señor. Seres humanos que también se equivocan al igual que nosotros, y como también se puede equivocar el Jurado.

Por último, también nos han dicho: "Acuérdense, el Jurado Nacional de Elecciones iban algunos de sus miembros al SIN". Sí, señor. Pero se olvidan también que García Marcelo del Tribunal Constitucional iba al mismo sitio. Y en el tomo dos y en el tomo tres de esta selección de —qué les puedo decir— entrevistas en el Servicio Nacional de Inteligencia que ha hecho el Congreso de la República pueden encontrar ahí pero textos maravillosos. ¿Un diálogo dignificante? No, señor. Sometido totalmente a lo que decía el señor Montesinos. Entonces, lo que allá se acusa allá también puede caerles.

Esto, señor, como digo, pueden haber doctrinariamente, pueden haber muy buenas intenciones;

pero lo que no podemos hacer es cambiar y decidir contra lo que dispone la Constitución del Estado. Por eso, en el texto que proponemos decimos simplemente lo que dice la Constitución. Y agregamos: "Nadie puede decidir en contrario de esto. Y quien lo hace, incurre en responsabilidad". Y eso es un riesgo. Gracias, señor Presidente.

El señor PRESIDENTE.— Congresista Ántero Flores-Aráoz.

El señor FLORES-ARÁOZ ESPARZA (UN).— Simplemente, señor, recordar, para poderlo poner en introducción del artículo único, en el texto del título, que es modificación del primer párrafo del artículo 5.º, sólo de primer párrafo. Porque el párrafo siguiente, del texto inicial, no lo hemos tocado, es del primer párrafo.

Y es sugerencia del congresista Chamorro, con toda razón, señor.



TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES.**Nº 805-E-2004.**

San José, a las

Treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

Recurso de Amparo Electoral interpuesto por Víctor Manuel Delgado Espinoza, portador de la cédula de identidad 6-174-666, en contra del Comité Ejecutivo Nacional del Partido Renovación Costarricense.

RESULTANDO

1.- En memorial presentado el veintidós de abril del dos mil tres ante la Secretaría de este Tribunal, el recurrente alega que se le está violentando su derecho de información y respuesta en virtud de que en escrito del veintisiete de febrero del dos mil tres, solicitó al Comité Ejecutivo Nacional del partido Renovación Costarricense, fotocopia fiel del Libro de Actas en que constan los acuerdos tomados y aprobados con el fin de verificar lo siguiente: a) Presupuesto Ordinario y Extraordinario y sus modificaciones de la campaña electoral 1998-2002; b) Acuerdo y Aprobación del Comité Ejecutivo Nacional para la creación de las plazas, puesto, salario y funciones de los contratados que se señalan en el Presupuesto; c) Acuerdo y Aprobación del Comité Ejecutivo Nacional, para la emisión de los bonos de la deuda política 1998-2002, series A y B; d) Acuerdo y Aprobación del Comité Ejecutivo Nacional, para convocar a Asamblea Nacional del año 1998-2002; e) Acuerdo y Aprobación del Comité Ejecutivo Nacional, de la autorización expresa del manejo exclusivo de la deuda política, a los señores presidente y tesorera del partido. Aunado a lo anterior, solicitó los Libros Contables (Diario, Mayor y Balances), así como del Libro de Tesorería, donde se encuentran los movimientos financieros del partido para la campaña 1998-2002; y que a la fecha no le han cumplido con dicho requerimiento. Concluye diciendo que: *“Por lo anteriormente expuesto solicito, a los Señores Magistrados, con el debido respeto, se ordene al Comité Ejecutivo Nacional, del Partido Renovación Costarricense, hacerme entrega lo antes posible, de las fotocopias solicitadas”*.

2.- Mediante auto de las diez horas cincuenta minutos del veintidós de mayo del dos mil tres, se dio curso a la gestión del señor Delgado Espinoza y se le confirió audiencia al Presidente del Partido, para que dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación, se refiriera a los hechos alegados por el recurrente.

3.- En memorial presentado en tiempo el veintiséis de mayo del dos mil tres, el Presidente del Partido manifiesta que: el señor Delgado Espinoza se encuentra expulsado del partido; que en su carta no especifica con qué fin requiere los documentos; que se ha dedicado a molestar a diferentes miembros del partido con el fin de desestabilizar su buena marcha; que la mayoría de los documentos que solicita se encuentran en la Contraloría y/o en el Tribunal Supremo de Elecciones; que el partido está atravesando una crisis financiera

que imposibilita sacarle las copias, por lo que se le solicitó al recurrente un depósito de veinticinco mil colones; que el partido acordó no darle ningún tipo de documento al recurrente hasta tanto no especifique cual es el fin de la solicitud. Concluye diciendo que: *“Solicito sea declarado sin lugar este amparo electoral en vista de las razones expuestas”*.

4.- Mediante prevención de las doce horas diez minutos del doce de junio del dos mil tres, el Tribunal le solicitó al Presidente del Partido, se sirviera informar en el plazo de cinco días hábiles, si el acuerdo de *“no darle ningún tipo de documento al señor Delgado hasta tanto no especifique cual es el fin de esta solicitud”*, le fue comunicado oportunamente al recurrente.

5.- En memorial presentado nuevamente ante este Tribunal el diecisiete de junio del dos mil tres, el Presidente del Partido manifiesta: *“Al señor Víctor Delgado no se le pudo comunicar la resolución del Comité Ejecutivo, ya que no se pudo localizar en ninguno de sus domicilios sean estos el de Puntarenas y Desamparados. Al telefax reportado, las veces que se intentó enviarse, no se pudo establecer la comunicación. Don Víctor no puede alegar violación al derecho de respuesta e información porque el Comité Ejecutivo hace reuniones mensuales abiertas en donde todos los partidarios están invitados, y el señor Delgado nunca ha asistido, así como no ha asistido a las reuniones que celebra el Partido los segundos y cuartos lunes de cada mes; por lo que se ha imposibilitado comunicarle esta disposición. Tiene exactamente dos años de no asistir a ninguna reunión partidaria...”*

6.- En nuevo escrito presentado ante este Tribunal el primero de agosto del dos mil tres, el Presidente del Partido indicó que su Partido no tiene los fondos suficientes para poder suplir al recurrente las copias gratuitamente, por lo que se le reitera la solicitud de depositar la suma de veinte mil colones; además, que el recurrente es reo rebelde y se encuentra en fuga, para lo cual aporta el decreto de rebeldía y presunción de fuga dictado por el Juzgado Penal de San José a las diez horas del veinte de mayo del dos mil tres, motivo por el cual no ha sido posible notificarlo; que en caso de que se le llegara a notificar puede acudir a revisar los libros del partido, en el entendido de que puede sacarlos del lugar y que tendrá un custodio para tal efecto.

7.- Mediante auto de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del veintinueve de agosto del dos mil tres – notificado el primero de setiembre- y de previo a resolver, se le solicitó al recurrente, que en el plazo de tres días bajo apercibimiento de archivar las presentes diligencias, procediera a indicar si había recibido comunicación sobre su petición por parte del Partido Renovación Costarricense.

8.- En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.

Redacta la Magistrada **Fallas Madrigal**; y,

CONSIDERANDO

ÚNICO: *El Tribunal, mediante auto de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del veintinueve de*

agosto del dos mil tres, le previno al recurrente que dentro del plazo de tres días hábiles y bajo apercibimiento de archivar las diligencias, procediera a indicar si había recibido comunicación sobre su petición por parte del Partido Renovación Costarricense. Esta resolución le fue comunicada el día 1º de septiembre del 2003 al número de fax que desde un inicio señaló como lugar para recibir notificaciones.

El señor Delgado Espinoza a la fecha no ha cumplido con la prevención, por lo que resulta procedente ordenar el archivo del expediente.

POR TANTO

Se archiva el expediente. Notifíquese.

Oscar Fonseca Montoya

Luis Antonio Sobrado González

Olga Nidia Fallas Madrigal

Exp.085-FM-2003

Recurso de Amparo

Víctor Manuel Delgado Espinoza

C/ Comité Ejecutivo Nacional del Partido Renovación Costarricense

JJG/er

SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO

SENTENZA N. 29

ANNO 2003

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo italiano
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Riccardo	CHIEPPA	Presidente
- Gustavo	ZAGREBELSKY	Giudice
- Valerio	ONIDA	”
- Carlo	MEZZANOTTE	”
- Fernanda	CONTRI	”
- Guido	NEPPI MODONA	”
- Piero Alberto	CAPOTOSTI	”
- Annibale	MARINI	”
- Franco	BILE	”
- Giovanni Maria	FLICK	”
- Francesco	AMIRANTE	”
- Ugo	DE SIERVO	“
- Romano	VACCARELLA	“
- Paolo	MADDALENA	“

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi per conflitto di attribuzione sorti a seguito delle sentenze del Tribunale di Cagliari, sezione civile, nn. 2598 del 2001 e 257 del 2002 e della Corte d'appello di Cagliari n. 165 del 2002, promossi con ricorsi della Regione Sardegna notificati il 14 gennaio, il 28 marzo e il 13 luglio 2002, depositati in cancelleria il 1° febbraio, il 10 aprile e il 26 luglio 2002 ed iscritti, rispettivamente, ai nn. 4, 13 e 27 del registro conflitti 2002.

Visto l'atto di costituzione del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 5 novembre 2002 il Giudice relatore Valerio Onida;

uditi l'avv. Roberto Nania per la Regione Sardegna nonché l'avvocato dello Stato Gaetano Zotta per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. – La Regione Sardegna, con tre distinti ricorsi, ha sollevato conflitti di attribuzione nei confronti del

Presidente del Consiglio dei ministri avverso tre provvedimenti di giudici ordinari – rispettivamente, due sentenze del Tribunale di Cagliari ed una della Corte d'appello di quella città – in materia di incompatibilità e di conseguente decadenza dalla carica di un consigliere regionale sardo, per la contemporanea posizione di parlamentare, ai sensi dell'art. 17, secondo comma, dello statuto della Regione Sardegna, e dell'art. 122, secondo comma, della Costituzione, assumendo trattarsi di materia sottratta alla cognizione del potere giurisdizionale dello Stato, in quanto attribuita in via esclusiva al Consiglio di essa Regione Sardegna.

Con il primo ricorso, notificato il 14 gennaio e depositato il successivo 1° febbraio 2002, la Regione ha sollevato conflitto di attribuzione (r. confl. n. 4 del 2002) nei confronti del Presidente del Consiglio di ministri avverso la sentenza in data 3 dicembre 2001, n. 2598, con la quale il Tribunale di Cagliari, adito da Giovanni Paolo Nuvoli, dichiarava l'illegittimità della delibera con cui il Consiglio regionale della Sardegna, su proposta della giunta, ne aveva stabilito la decadenza dalla carica di consigliere regionale per sopravvenuta incompatibilità, in quanto risultato eletto alla Camera dei deputati e per aver partecipato, in tale qualità, alle relative attività deliberative (in particolare, all'elezione del Presidente), e ripristinava il consigliere nella carica.

Ad avviso della Regione ricorrente, la materia delle incompatibilità e delle relative decadenze dei consiglieri regionali sardi, segnatamente nel caso, ricorrente nella specie, di incompatibilità concernente la contemporanea posizione di parlamentare, ai sensi dell'art. 17, secondo comma, dello statuto e dell'art. 122, secondo comma, della Costituzione, sarebbe sottratta alla cognizione del potere giurisdizionale dello Stato, in quanto attribuita in via esclusiva al Consiglio regionale. Ciò discenderebbe, da una parte, dall'assenza nell'"ordinamento costituzionale della Regione Sardegna" di disposizioni di legge che riconoscano ad organi giurisdizionali la cognizione di controversie in tale materia; dall'altra, dalla pluralità di disposizioni regionali che, al riguardo, deferiscono ogni potere cognitivo al Consiglio regionale sardo.

Quanto al primo profilo, alla Regione Sardegna sarebbe inapplicabile la disciplina delle ineleggibilità ed incompatibilità dettata dalla legge 23 aprile 1981, n. 154, per i membri dei consigli delle regioni ordinarie (in tal senso viene richiamata la sentenza n. 85 del 1988 di questa Corte), e segnatamente l'art. 7, sesto comma, in tema di ricorso giurisdizionale al tribunale competente per territorio contro le deliberazioni degli organi consiliari in proposito, essendo all'uopo indispensabile, secondo lo statuto, l'intervento di apposita legge statale, ed oggi regionale dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2.

In ordine al secondo profilo, secondo l'art. 82 della l.r. 6 marzo 1979, n. 7, "al Consiglio regionale è riservata la convalida dell'elezione dei propri componenti. Esso pronuncia giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami", mentre, a norma dell'art. 17 del regolamento del Consiglio, "alla **Giunta delle elezioni** competono la verifica dei titoli di ammissione dei consiglieri e l'esame delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità, comprese quelle sopraggiunte nel corso della legislatura". Tali disposizioni, lette in relazione agli artt. 116 della Costituzione e 17, secondo comma, e 19 dello statuto, alla luce della prassi consuetudinaria nel senso della intangibilità delle decisioni consiliari sulla incompatibilità tra le posizioni di parlamentare e di consigliere, comproverebbero come nell'ordinamento sardo sia operante una garanzia di grado autenticamente costituzionale, in forza della quale il carattere

definitivo delle decisioni consiliari precluderebbe ogni ulteriore intervento giurisdizionale in merito.

Né a quanto detto, prosegue la ricorrente, potrebbe opporsi la mancanza, tanto per le regioni ordinarie che per quelle a statuto speciale, di una espressa previsione in proposito, come quella dettata dall'art. 66 della Costituzione per il Parlamento nazionale – che renderebbe incontrovertibile la regola dell'insindacabilità in sede giudiziaria delle decisioni assunte dalle Camere, oltre che sui titoli di ammissione dei suoi componenti, sulle cause sopraggiunte di ineleggibilità ed incompatibilità –, atteso che una siffatta garanzia costituzionale non può non essere riconosciuta al Consiglio regionale, quando scaturisce, come nella specie, “in modo lineare e automatico dal sistema, in virtù di una piena convergenza di fattori normativi e di tradizione applicativa, che ne testimoniano, appunto, l'esistenza e la operatività”.

Neppure varrebbe, ad avviso della Regione, richiamare il principio generale della tutela giurisdizionale dei diritti, in quanto, per fondare il potere giurisdizionale di emettere sentenze costitutive è necessaria una specifica disposizione di legge attributiva al giudice di tale potere conformativo, attribuzione della quale “non vi è traccia nell'ordinamento sardo”.

La lesione delle attribuzioni della Regione, garantite dagli artt. 116 della Costituzione e 27 dello statuto, deriverebbe, altresì, dalla disapplicazione delle disposizioni regionali regolanti la fattispecie, e segnatamente della legge regionale n. 7 del 1979 [evidentemente, dell'art. 82, secondo il quale il Consiglio regionale, cui è riservata la convalida dell'elezione dei propri componenti, “pronuncia giudizio definitivo” su contestazioni, “proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli uffici delle singole sezioni elettorali o all'ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente”], e dalla sostituzione ad essa dell'art. 7, sesto comma, della legge statale n. 154 del 1981 – che prevede avverso le deliberazioni del consiglio regionale di decadenza per incompatibilità “il ricorso giurisdizionale al tribunale competente per territorio” –, laddove alle pronunzie giurisdizionali non sarebbe consentito disapplicare leggi regionali neppure in caso di dubbio in ordine alla loro legittimità costituzionale (viene richiamata in proposito la sentenza n. 285 del 1990).

Alla difesa della ricorrente è bensì noto, si legge ancora nel ricorso, il carattere, affermato da questa Corte, pretesamente chiuso ed enumerato delle garanzie costituzionali delle assemblee regionali. Tale schema, tuttavia, non sembrerebbe poter escludere l'operatività, anche nei confronti di queste ultime, di una garanzia costituente un requisito minimo ed indispensabile ai fini della tutela degli organi rappresentativi da interferenze e condizionamenti esterni, che ben potrebbero essere recati dal sindacato giurisdizionale in materia di incompatibilità, suscettibile di incidere sulla composizione e sugli stessi *interna corporis* dell'organo assembleare. In altri termini, quello che si trae dall'art. 66 della Costituzione sarebbe un principio di natura istituzionale destinato, indipendentemente da apposite codificazioni, ad assistere gli organi che, come i consigli regionali, siano qualificati dalla natura politico rappresentativa e dalla titolarità di funzione legislativa e di indirizzo (sulla valorizzazione della tutela della autonomia e della indipendenza degli organi rappresentativi regionali, sulla base di un criterio di parallelismo con la posizione del Parlamento e con i principi preordinati a presidiarla, vengono citate le sentenze n. 143 del 1968, n. 382 del 1998 e n. 392 del 1999). Per di più, nella fattispecie, di incompatibilità tra la carica di consigliere regionale e quella di parlamentare, sembrerebbe plausibile postulare un trattamento giuridico omogeneo delle decisioni, delle Camere e delle assemblee regionali, nel senso della insindacabilità delle relative decisioni assembleari.

Sul tema, poi, non potrebbe non incidere la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, che avrebbe reso incontrovertibile la consistenza autenticamente politica dell'autonomia regionale.

In via subordinata, la ricorrente lamenta un'ulteriore lesione recata alle attribuzioni regionali, e specificamente all'autonomia regolamentare garantita al Consiglio dall'art. 19 dello statuto. Imponendo, infatti, al Consiglio regionale di osservare la procedura di decadenza delineata dalla legge n. 154 del 1981, il Tribunale di Cagliari, con la sentenza impugnata, avrebbe leso le attribuzioni spettanti all'assemblea in campo organizzativo, tradotte nella specie nella disciplina dettata sia dall'art. 17 del regolamento consiliare che dall'art. 15 del regolamento della giunta delle elezioni, il quale ultimo, diversamente da quanto prescritto dal giudice, prevede che nei casi di incompatibilità o ineleggibilità riconosciuti all'unanimità dalla giunta si possa prescindere dal procedimento di contestazione, come avvenuto nel caso di specie.

L'atto giudiziario impugnato, infine, sarebbe lesivo per aver negato possa competere al Consiglio regionale "un qualunque potere deliberativo" sulla ricorrenza di ipotesi di incompatibilità con la carica di parlamentare, e segnatamente di apprezzare l'effettivo esercizio da parte dell'interessato delle funzioni connesse alla carica di parlamentare nonché la inequivoca opzione in tal modo effettuata a favore della carica anzidetta. Apparterrebbe, infatti, al Consiglio il potere di esprimersi sulla decadenza del consigliere valutando, ove se ne presenti il caso, il significato obiettivo dei suoi esteriori comportamenti istituzionali. Risolvere, invero, la ratio della regola costituzionale dell'incompatibilità nell'ampliamento, sul piano soggettivo, del diritto di elettorato passivo sarebbe riduttivo, operando, nella specie, anche un'istanza di protezione della funzionalità dell'organo legislativo, considerato il pregiudizio che a tale interesse costituzionale arrecherebbe la permanenza in carica di un consigliere che, a prescindere dalla durata dell'anomalia, si trovi ad adempiere simultaneamente all'esercizio delle funzioni parlamentari.

Conclude, pertanto, la ricorrente chiedendo che questa Corte dichiari che non spetta allo Stato, e per esso al Tribunale di Cagliari, annullare la delibera consiliare di decadenza del consigliere Nuvoli, annullando la sentenza n. 2598 di detto giudice.

La ricorrente presentava, infine, istanza di sospensione della sentenza impugnata, cui successivamente rinunciava con atto depositato il 22 marzo 2002.

2. – Si è costituito nel giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto le norme costituzionali invocate (l'art. 17, secondo comma, dello statuto e l'art. 122, secondo comma, della Costituzione) non disporrebbero alcuna attribuzione in via esclusiva al Consiglio regionale sardo del potere di accertare e dichiarare l'incompatibilità del *munus* di membro del Parlamento nazionale con quello di membro dell'Assemblea regionale. Né la competenza rivendicata potrebbe evincersi dall'art. 66 della Costituzione, che riconosce alle assemblee parlamentari nazionali il potere di decidere in via esclusiva sui titoli di ammissione dei loro appartenenti, norma della quale non potrebbe essere data un'interpretazione estensiva o analogica, sino a comprendervi le assemblee regionali, disciplinate in altro titolo della Parte seconda della Costituzione.

Quanto agli artt. 82 della l.r. n. 7 del 1979 e 17 del regolamento del Consiglio regionale sardo, pure invocati dalla ricorrente, non si tratterebbe di norme di rango costituzionale.

Ad ulteriore conforto delle conclusioni rassegnate, la difesa erariale, premessa la perdurante vigenza della legge 23 aprile 1981, n. 154 – avendo l'art. 274 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, espressamente escluso dall'abrogazione le disposizioni ivi previste per i consiglieri regionali –, osserva che la procedura di preventiva contestazione da essa prevista all'art. 7 deve tuttora essere seguita per le incompatibilità ravvisate nei confronti del consigliere regionale, che non potrebbe essere dichiarato decaduto senza essere stato preventivamente invitato ad optare per una delle due cariche ricoperte. Di conseguenza, la delibera di decadenza del consiglio regionale – eventualmente contemplata dalla legislazione regionale – non potrebbe non essere sottoposta al vaglio della giurisdizione dei diritti soggettivi, nelle forme previste dalla legge n. 154 del 1981, costituendo un principio generale dell'ordinamento l'esistenza del potere di far valere ogni diritto costituzionalmente garantito – nella specie, quello di far parte di organi elettivi – davanti ad un organo giurisdizionale (viene richiamata in proposito la sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite n. 2077 del 1973).

Nel caso in esame, in mancanza di una disciplina legislativa regionale del procedimento (preventiva contestazione dell'incompatibilità, termine per esercitare l'opzione, etc.), correttamente il giudice avrebbe utilizzato in via suppletiva la disciplina statale dettata dall'art. 7 della legge n. 154 del 1981, anche alla luce dell'art. 57 dello statuto, in forza del quale si applicano le norme della legislazione statale fino a quando la competenza regionale non sia stata esercitata, sicché non potrebbe parlarsi nella specie di disapplicazione.

Infine, conclude l'Avvocatura, non è ravvisabile in materia l'asserita “prassi costituzionale”, perché una prassi, ove anche seguita, non può certo essere fonte di norme di livello costituzionale.

3. – Con successivo ricorso notificato il 28 marzo e depositato il 10 aprile 2002, la Regione Sardegna ha sollevato conflitto di attribuzione (r. confl. n. 13 del 2002) nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri avverso la sentenza in data 25 marzo 2002, n. 257, con la quale il Tribunale di Cagliari, adito con azione popolare da un elettore del Consiglio regionale, dichiarava Giovanni Paolo Nuvoli decaduto dalla carica di consigliere regionale per incompatibilità con la carica di deputato del Parlamento nazionale. La ricorrente, svolgendo le medesime considerazioni formulate con il precedente ricorso, chiede a questa Corte di dichiarare che non spetta allo Stato, e per esso al Tribunale di Cagliari, dichiarare la decadenza dalla carica del detto consigliere regionale, annullando per l'effetto la sentenza menzionata.

4. – Con un terzo ricorso, notificato il 13 luglio e depositato il successivo 26 luglio 2002, la Regione Sardegna ha sollevato conflitto di attribuzione (r. confl. n. 27 del 2002) nei confronti del Presidente del Consiglio di ministri avverso la sentenza in data 14 maggio 2002, n. 165, con la quale la Corte d'appello di Cagliari annullava la sentenza del Tribunale di quella città – impugnata con il primo dei conflitti in esame (r. confl. n. 4 del 2002) –, affermando così implicitamente, ancora una volta, la sussistenza della (propria) giurisdizione nella materia delle incompatibilità e delle relative decadenze dei consiglieri sardi. La ricorrente, svolgendo le

medesime considerazioni formulate con i precedenti ricorsi, chiede a questa Corte di dichiarare che non spetta allo Stato, e per esso alla Corte d'appello di Cagliari, statuire in materia di incompatibilità e decadenza dalla carica di un consigliere regionale sardo, spettando la relativa attribuzione in via esclusiva alla Regione, e per essa al Consiglio regionale, e di annullare conseguentemente la sentenza menzionata, confermando la delibera di decadenza del Consiglio regionale della Sardegna.

Lamenta, in particolare, nel presente conflitto la ricorrente che con la sentenza impugnata la Corte d'appello ha ritenuto il Consiglio regionale organo non legittimato a contraddire nel giudizio sia di primo che di secondo grado; una siffatta negazione del proprio diritto di azione in materia di incompatibilità e decadenza dei propri consiglieri darebbe luogo a una menomazione – di carattere del tutto subordinato rispetto alla prospettazione principale di essa Regione – delle proprie prerogative costituzionali.

5.– In prossimità dell'udienza pubblica la Regione Sardegna ha depositato, in relazione a ciascuno dei tre conflitti sollevati, memorie illustrative di identico contenuto, con le quali, insistendo nelle domande, richiama gli argomenti sviluppati a sostegno di esse, ed in particolare, replica alle difese svolte dall'Avvocatura erariale nell'atto di costituzione nel primo giudizio (r.confl. n. 4 del 2002).

Anzitutto, contesta che la Costituzione e lo statuto regionale non abbiano stabilito alcun principio in ordine al potere del Consiglio regionale sardo di giudicare sulle incompatibilità e relative decadenze dei propri componenti, costituendo la garanzia rivendicata, come sarebbe testimoniato dall'art. 66 della Costituzione, un principio di natura istituzionale – a tutela della integrità e della funzionalità degli organi rappresentativi, anche rispetto ad interferenze e condizionamenti esterni – che, indipendentemente da specifiche codificazioni, in un ordinamento democratico sarebbe destinato ad assistere gli organi che siano qualificati dalla loro natura politico rappresentativa e dalla titolarità della funzione legislativa e di indirizzo, come appunto sono i Consigli regionali, soprattutto alla luce della riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, che vede la Regione iscritta in via definitiva in una dimensione autenticamente politica.

Tale posizione costituzionale della Regione non sarebbe smentita dalle recenti pronunce di questa Corte (sentenze n. 106 e n. 306 del 2002) secondo cui per i consigli regionali non può essere utilizzata la denominazione "Parlamento", in quanto, nella specie, essa ricorrente non pretende di fregiarsi di tale *nomen*, ma di vedere riconosciuta, secondo il sistema costituzionale ed, in particolare, secondo l'art. 17, secondo comma, dello statuto, al proprio organo consiliare quella prerogativa della insindacabilità delle statuizioni in ordine alla sussistenza delle cause di incompatibilità dei propri membri, da ritenersi fattore irrinunciabile della qualità di organo rappresentativo. Nella seconda sentenza citata, infatti, si rinverrebbe la conferma che Parlamento e Consigli partecipano appieno della stessa natura, con la logica conseguenza della insindacabilità in sede giudiziaria degli *interna corporis* degli organi rappresentativi in ordine ai titoli di ammissione dei componenti ed alle cause sopravvenute di incompatibilità. Nessun ostacolo, in ogni caso, sussisterebbe all'applicazione del criterio analogico nella lettura dell'art. 66 della Costituzione.

L'attribuzione alla competenza della **giunta delle elezioni** del Consiglio della "verifica dei titoli di ammissione dei consiglieri" e dell'"esame delle cause di incompatibilità", di cui all'art. 17 del regolamento del Consiglio, secondo la procedura stabilita dal regolamento interno della stessa giunta, troverebbe il suo fondamento

nell'art. 19 dello statuto (“Il Consiglio regionale elegge, fra i suoi componenti, il Presidente, l'Ufficio di presidenza e Commissioni, in conformità al regolamento interno, che esso adotta a maggioranza assoluta dei suoi componenti.”), e la sua conferma in sede legislativa nell'art. 82 della l. regionale n. 7 del 1979, a tenore del quale “al Consiglio è riservata la convalida della elezione dei propri componenti. Esso pronuncia giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami”.

In presenza di una così specifica regolamentazione a livello regionale, non potrebbe dunque parlarsi di carenza di disciplina in materia, sicché nella censurata applicazione della disciplina statale operata dai giudici con le sentenze impugnate sarebbe ravvisabile una indebita, e lesiva, disapplicazione della legge regionale sarda n. 7 del 1979.

Infine, osserva la ricorrente, la procedura per la contestazione delle cause di decadenza sarebbe disciplinata esaustivamente nel regolamento della giunta delle elezioni, di modo che non potrebbe operare il rinvio alle norme statali di cui all'art. 57 dello statuto per le materie nelle quali “non sia diversamente disposto con leggi regionali”, con conseguente lesione dell'autonomia regolamentare del Consiglio regionale della Sardegna.

Considerato in diritto

1.– I tre ricorsi per conflitto di attribuzioni, promossi dalla Regione Sardegna in relazione a tre diversi provvedimenti giurisdizionali, resi dal Tribunale di Cagliari e dalla Corte d'appello di Cagliari, prospettano questioni largamente fra loro coincidenti: è opportuno dunque riunire i relativi giudizi perché siano decisi con unica pronunzia.

2.– I tre provvedimenti giurisdizionali impugnati vertono sulla decadenza di un consigliere regionale sardo per sopraggiunta incompatibilità con la carica, successivamente da lui assunta, di parlamentare nazionale. Ma la controversia, come risulta da ciò che si è esposto in fatto, non ha ad oggetto sostanziale la sussistenza o meno della causa di incompatibilità, risultante sia dall'articolo 122, secondo comma, della Costituzione, sia dall'articolo 17, secondo comma, dello statuto speciale per la Sardegna; né la conseguente decadenza del consigliere, che è stata dichiarata sia dal Consiglio regionale, con la delibera del 31 maggio 2001, annullata dalla sentenza del Tribunale di Cagliari in data 3 dicembre 2001 (primo dei provvedimenti qui impugnati, riformato poi in appello con la sentenza 14 maggio 2002 della Corte d'appello, a sua volta impugnata dalla Regione), sia dal Tribunale di Cagliari con la sentenza 25 marzo 2002, oggetto del secondo dei ricorsi per conflitto di attribuzioni per cui è giudizio.

Il primo e fondamentale motivo che sorregge tutti tre i ricorsi della Regione poggia sulla tesi secondo cui giudicare sui casi di ineleggibilità e di incompatibilità dei membri del Consiglio regionale sardo – e quindi pronunciarsi, come nella specie, sulla decadenza del consigliere per incompatibilità con la carica, successivamente assunta, di parlamentare nazionale – spetterebbe esclusivamente alla competenza del Consiglio regionale medesimo, alla stessa stregua di quanto avviene per le Camere del Parlamento in base all'articolo 66 della Costituzione, ai cui sensi “ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità”; e ciò in forza di un analogo

principio costituzionale implicito che riguarderebbe il Consiglio della Regione ricorrente. Si tratterebbe dunque di materia sottratta alla cognizione degli organi giurisdizionali dello Stato, onde le pronunce del Tribunale e della Corte d'appello di Cagliari, rese in tema di incompatibilità e di decadenza di un consigliere regionale sardo, sarebbero invasive delle attribuzioni costituzionali della Regione.

3. – Il ricorso, quanto al motivo testé enunciato, è infondato.

Questa Corte ha avuto modo di chiarire, fin dalla sentenza n. 66 del 1964, che non sussiste alcuna norma o principio costituzionale da cui possa ricavarsi l'attribuzione ai Consigli regionali, anche di Regioni a statuto speciale, del giudizio definitivo sui titoli di ammissione dei loro componenti e sulle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità, così da sottrarre tale materia alla sfera della giurisdizione; ed ha aggiunto, nella sentenza n. 115 del 1972, e ribadito nella sentenza n. 113 del 1993, che le norme legislative e dei regolamenti interni le quali parlano di un "giudizio definitivo" delle assemblee elettive regionali sulla verifica dei poteri e sulle contestazioni e i reclami elettorali vanno intese, conformemente alla Costituzione, come riferite alla fase "amministrativa" del contenzioso elettorale, e non escludono la successiva eventuale fase giurisdizionale, non potendo le norme regionali disciplinare la giurisdizione né escluderla.

Questi principi devono essere anche qui riconfermati.

Non vale, in contrario, richiamare la modificazione profonda della posizione e delle funzioni delle Regioni e dei Consigli regionali, intervenuta da ultimo con la riforma del titolo V, Parte seconda, della Costituzione ad opera della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3; né indicare quanto ci può essere di superato in talune delle argomentazioni impiegate dalla Corte, nella più risalente fra le pronunce citate, per sottolineare le differenze fra la posizione delle Camere parlamentari e quella dei Consigli regionali.

Infatti la conclusione che qui si tiene ferma non si radica in una ipotetica differenza di "natura" o di funzioni fra assemblee elettive nazionali e regionali – espressione entrambe della sovranità popolare (cfr. sentenza n. 106 del 2002) – che precluda di per sé l'estensione alle seconde di norme e principi validi per le prime: ma deriva, più semplicemente e decisamente, dal principio secondo il quale "la tutela giurisdizionale è a tutti garantita (art. 24 Costituzione) ed è affidata agli organi previsti dagli artt. 101 e seguenti della Costituzione" (sentenza n. 115 del 1972).

Sottrarre alla giurisdizione, per riservare esclusivamente alla assemblea degli eletti, della quale fanno parte soggetti portatori di interessi anche individuali coinvolti, il giudizio sulle cause di ineleggibilità e di incompatibilità, significherebbe negare il "diritto al giudice", e ad un giudice indipendente e imparziale (cfr. sentenza n. 93 del 1965), sancito dalla Costituzione e garantito anche a livello internazionale dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (articolo 6).

A fronte di questo diritto, il cui nucleo essenziale costituisce un "principio supremo" dell'ordinamento costituzionale (cfr. sentenza n. 18 del 1982), non può invocarsi, a fondamento della deroga prospettata, l'articolo 66 della Costituzione, che attribuisce alle Camere il giudizio sui titoli di ammissione dei propri membri, in conformità ad una tradizione che affonda le sue radici nell'esigenza, propria dei più antichi

sistemi rappresentativi, di difendere l'autonomia della rappresentanza elettiva. La forza derogatoria che a tale norma venga attribuita non potrebbe estendersi al di là della specifica situazione regolata, e non è quindi invocabile per costruire un'anacronistica esenzione dei Consigli regionali dalla giurisdizione.

4.– Una volta escluso, per le considerazioni appena svolte, che sia rinvenibile nel sistema costituzionale il fondamento di una deroga alla giurisdizione a favore del Consiglio regionale sardo, viene meno la censura principale mossa dalla ricorrente alle pronunce giurisdizionali impugnate: di avere cioè indebitamente invaso una sfera di attribuzioni costituzionalmente riservata alla Regione e in particolare al Consiglio regionale medesimo.

Non è in discussione, infatti, la competenza della legge regionale a disciplinare – in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica –, insieme alle modalità di elezione del Consiglio regionale, i casi di ineleggibilità e di incompatibilità relativi alle cariche elettive regionali (articolo 15, secondo comma, primo periodo, dello statuto sardo, come modificato e integrato dall'art. 3 della legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2; e cfr. anche l'art. 122, primo comma, della Costituzione, come modificato dall'art. 2 della legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1). Ma, come è evidente, altro è il potere di disciplinare sostanzialmente la materia delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità, altro il potere di disciplinare (tanto meno per escluderlo) l'esercizio della giurisdizione nella stessa materia, potere che alla Regione Sardegna, come alle altre Regioni a statuto speciale od ordinario, non spetta, restando invece riservato alla competenza del legislatore statale (cfr. sentenza n. 115 del 1972; e v. oggi l'art. 117, secondo comma, lettera l, della Costituzione, come sostituito dalla legge costituzionale n. 3 del 2001), il quale ovviamente lo esercita nei limiti e secondo le norme della Costituzione, e quindi senza poter a sua volta derogare al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale.

Quanto al disposto dell'art. 82 della legge regionale sarda 6 marzo 1979, n. 7, a tenore del quale “al consiglio regionale è riservata la convalida dell'elezione dei propri componenti” e il consiglio “pronuncia giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli uffici delle singole sezioni elettorali o all'ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente”, esso va inteso, in conformità alla Costituzione, e alla stessa stregua delle analoghe norme relative alla Sicilia a suo tempo esaminate dalla Corte (sentenze n. 115 del 1972, n. 113 del 1993), nel senso che si riferisce alla fase non giurisdizionale della convalida e della decisione sui ricorsi in materia di elezioni e di cause di ineleggibilità e di incompatibilità.

Né diversa portata, com'è evidente, può riconoscersi a norme come l'art. 17 del regolamento interno del Consiglio regionale sardo, in base al quale competono alla **Giunta delle elezioni**, la quale riferisce al Consiglio, “la verifica dei titoli di ammissione dei consiglieri e l'esame delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità, comprese quelle sopravvenute nel corso della legislatura”, e come l'art. 15 del regolamento interno della stessa **Giunta delle elezioni** del Consiglio regionale, il quale prevede, nei casi di incompatibilità o di ineleggibilità riconosciuti all'unanimità dalla Giunta, la presentazione al Consiglio della proposta di annullamento dell'elezione prescindendo dal procedimento di contestazione.

5.– La Regione ricorrente lamenta, inoltre, la lesione delle proprie attribuzioni che sarebbe derivata da talune statuizioni o motivazioni dei provvedimenti impugnati: così, dall'aver essi indebitamente disapplicato le disposizioni legislative regionali regolanti la fattispecie, e in primo luogo l'art. 82 della citata legge regionale n. 7 del 1979, applicando in sua vece la legge statale 23 aprile 1981, n. 154; dall'aver imposto (in special modo la prima sentenza del Tribunale di Cagliari, ma il motivo è ripreso anche negli altri ricorsi) l'applicazione della procedura di contestazione e decadenza prevista dalla legge statale, anziché di quella prevista dal regolamento consiliare e dal regolamento interno della Giunta delle elezioni; dall'aver negato (specificamente, anche qui, la prima sentenza del Tribunale, ma il motivo è ripreso nel ricorso contro la seconda sentenza dello stesso Tribunale) che il Consiglio potesse apprezzare, ai fini della pronuncia di decadenza del consigliere, l'effettivo esercizio delle funzioni connesse alla carica di parlamentare nazionale e l'opzione che in tal modo sarebbe stata effettuata; dall'aver (la pronuncia della Corte d'appello) negato la legittimazione del Consiglio regionale a contraddire nel giudizio promosso dal consigliere contro la delibera dichiarativa della decadenza.

Ribadito quanto già sopra chiarito (al paragrafo 4) circa il senso da attribuire alle norme legislative e regolamentari regionali invocate, questa Corte osserva che gli ulteriori motivi di ricorso in tal modo adottati attengono non già ai confini – che si assumano violati – dell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma a supposti errori nella individuazione o nella interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie. Come tali, essi si traducono in denunce di semplici *errores in iudicando*, e non di lesioni delle attribuzioni costituzionalmente spettanti alla Regione.

Tali motivi di ricorso sono pertanto inammissibili (cfr. sentenze n. 285 del 1990, n. 99 del 1991 e n. 27 del 1999).

**PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE
riuniti i giudizi,**

- a) *dichiara* che spetta allo Stato, e per esso ai competenti organi giurisdizionali, giudicare in sede giurisdizionale sulla sussistenza di cause sopravvenute di incompatibilità con la carica di membro del Consiglio regionale sardo e sulla conseguente decadenza del consigliere;
- b) *dichiara* inammissibili i ricorsi per conflitto di attribuzione della Regione Sardegna, di cui in epigrafe, in ordine ai motivi diversi da quelli *sub a*).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 16 gennaio 2003.

F.to:

Riccardo CHIEPPA, Presidente

Valerio ONIDA, Redattore

Depositata in Cancelleria il 4 febbraio 2003.

