

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**FACTIBILIDAD DE LA FIGURA DE LA ACCIÓN DE CLASES EN EL DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO, 2016**

Tesis presentada por el Bachiller:

Farfán Hermoza, Andree Ferdinand

para optar el Título Profesional de
Abogado

Asesor:

Dr. Cáceres Arce, Jorge Luis

Arequipa- Perú

2019

DICTAMEN

DE : Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM

PARA : Mgter. Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM

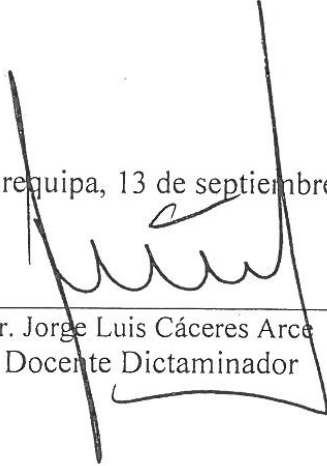
ASUNTO : Dictamen de Borrador de Tesis titulado “**FACTIBILIDAD DE LA FIGURA DE LA ACCIÓN DE CLASE EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO, 2016**”

AUTOR : Bachiller: Andree Ferdinand Farfán Hermoza

Recibido el levantamiento de observaciones del Borrador de Tesis cuyo enunciado es: “**FACTIBILIDAD DE LA FIGURA DE LA ACCIÓN DE CLASE EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO, 2016**”, de la autoría del Bachiller **ANDREE FARFÁN HERMOSA**, vinculados a los contenidos doctrinarios, institucionales y normativos del trabajo de investigación y los aspectos relacionados a la metodología de la investigación, señalaré Sr. Decano que el Sr. Bachiller **FARFÁN HERMOSA**, ha procedido a levantar las observaciones y atender las sugerencias formuladas, es por ello que el suscrito considera que el borrador de tesis se encuentra apto para la sustentación conforme a la normatividad académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Sin otro particular quedo de Usted.

Arequipa, 13 de septiembre 2018



Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Docente Dictaminador

DICTAMEN 03-18-JMFH

DE: Mg. Julio Martín Fernández Huaranca

Docente de la Escuela Profesional de Derecho

PARA: Dr. Gabriel Torreblanca Lazo

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM

ASUNTO: Dictamen de Tesis, presentada por el Bachiller Andree Ferdinand Farfán Hermoza, para obtener el Título Profesional de Abogado.

Recibido el trabajo de investigación presentado por el Bachiller Andree Ferdinand Farfán Hermoza, sobre la “Factibilidad de la figura de Acción de Clases en el derecho procesal constitucional peruano, 2016”, se procedió a revisar el cumplimiento de los requisitos de forma y fondo, subsanándose las observaciones que en su momento se plantearon en el desarrollo, orden y profundidad de cada capítulo, así como la formulación de las conclusiones respectivas.

1. METODOLOGÍA EMPLEADA:

Se observa que el tema desarrollado obedece a una investigación teórica, la cual tiene un fin cognitivo, operando a un nivel del pensamiento lógico-racional, lo que ha llevado al análisis, síntesis, comparación abstracción y generalización del tema de investigación. Asimismo, se observa que la investigación es de tipo descriptivo, explicativo, utilizando el método inductivo el cual es propio de la investigación jurídica. Estudia aspectos del ordenamiento jurídico relacionado con la creación, vigencia y eficacia de normas.

2. RELEVANCIA Y ORIGINALIDAD DEL TEMA:

El tema de investigación planteado es original y de relevancia jurídica, pues propone la incorporación de una figura procesal idónea para la defensa de los derechos de una pluralidad de sujetos; “Un verdadero litisconsorcio activo constitucional, a través de un “Amparo Colectivo”, tal y como refiere el tesista; circunstancia no prevista en la actualidad en el ordenamiento constitucional peruano, y cuyo planteamiento también se ve reflejado en la experiencia comparada colombiana.

3. LA PROFUNDIDAD Y CALIDAD DE LA LABOR REALIZADA:

El tesista ha abordado el tema de investigación de manera profunda; no solo ha hecho un análisis global del tema (amparo colectivo), sino que también ha desarrollado una investigación bibliográfica amplia, circunstancia que se evidencia de las propias citas en el texto de la investigación, lo que es relevante para el presente tema de investigación.

4. EL RIGOR LÓGICO EN SU DESARROLLO:

En el desarrollo de la tesis, el amparo colectivo concebido como una figura jurídica orientada a salvaguardar derechos pluriindividuales, se encuentra plenamente argumentado, analizado y desarrollado de modo coherente, lo que ha permitido el resultado de conclusiones acertadas, las cuales previamente fueron debidamente sustentadas.

Bajo los argumentos expuestos, y estando dentro del plazo respectivo, se es de la opinión que, la tesis presentada por el señor Bachiller Andree Ferdinand Farfán Hermoza, para obtener el Título Profesional de Abogado, se encuentra expedita para ser defendida, salvo mejor parecer

Arequipa, 15 de noviembre de 2018.



Julio Fernández Huaranca
Magíster en Derecho Público

DICTAMEN

DE: Angel María Manrique Linares
Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

PARA: Dr. Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

ASUNTO: Dictamen de borrador de tesis **“Factibilidad de la figura de acción de clases en el derecho procesal constitucionalidad peruano, 2016”**

AUTOR: Bachiller Andree Ferdinand Farfán Hermoza

Quien suscribe ha revisado el borrador de tesis bajo el título **“Factibilidad de la figura de acción de clases en el derecho procesal constitucionalidad peruano”**, de autoría del Bachiller Andree Ferdinand Farfán Hermoza, respecto al cual considero lo siguiente:

1. La tesis plantea un problemática vigente del Derecho procesal constitucional peruano, lo cual cobra absoluta relevancia en el contexto actual nacional.
2. El desarrollo del trabajo ha comprendido la elaboración de un marco teórico respecto a la garantía constitucional de acción de amparo, en cuanto a sus principios, legitimación, competencia y sentencia, reflexionando en una segunda parte sobre el “Amparo Colectivo”, con lo cual cumple con los aspecto de forma y fondo del proyecto de tesis presentada.
3. El trabajo además contiene dos aportes fundamentales dentro del proceso de investigación, el primero referido al derecho comparado, revisando las propuestas y casos contemplados en el país de Colombia. En segundo lugar, aporta una iniciativa legislativa de suma relevancia para el derecho procesal constitucional peruano.

Por lo expuesto, Sr. Decano, soy de la opinión que el proyecto de tesis se encuentra apto para la sustentación correspondiente, conforme a la normatividad académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.

Quedo de Usted a su disponibilidad para cualquier aclaración y/o ampliación correspondiente.

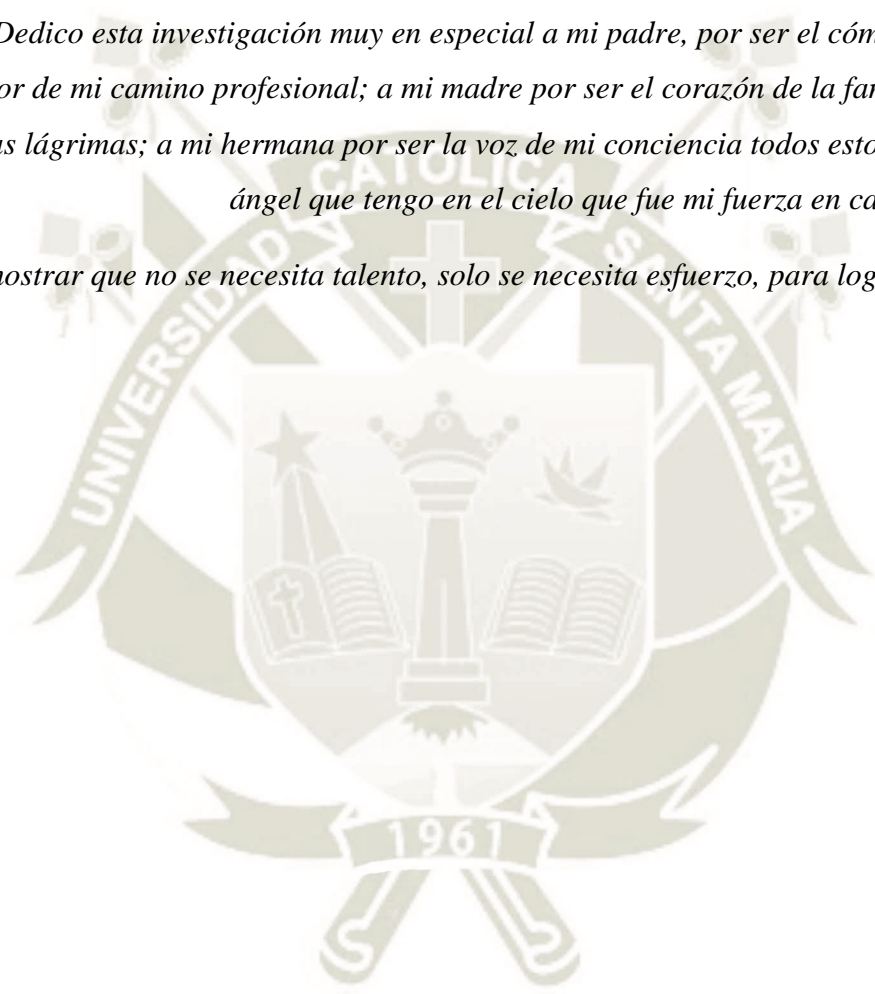
Arequipa, 12 de Noviembre 2018



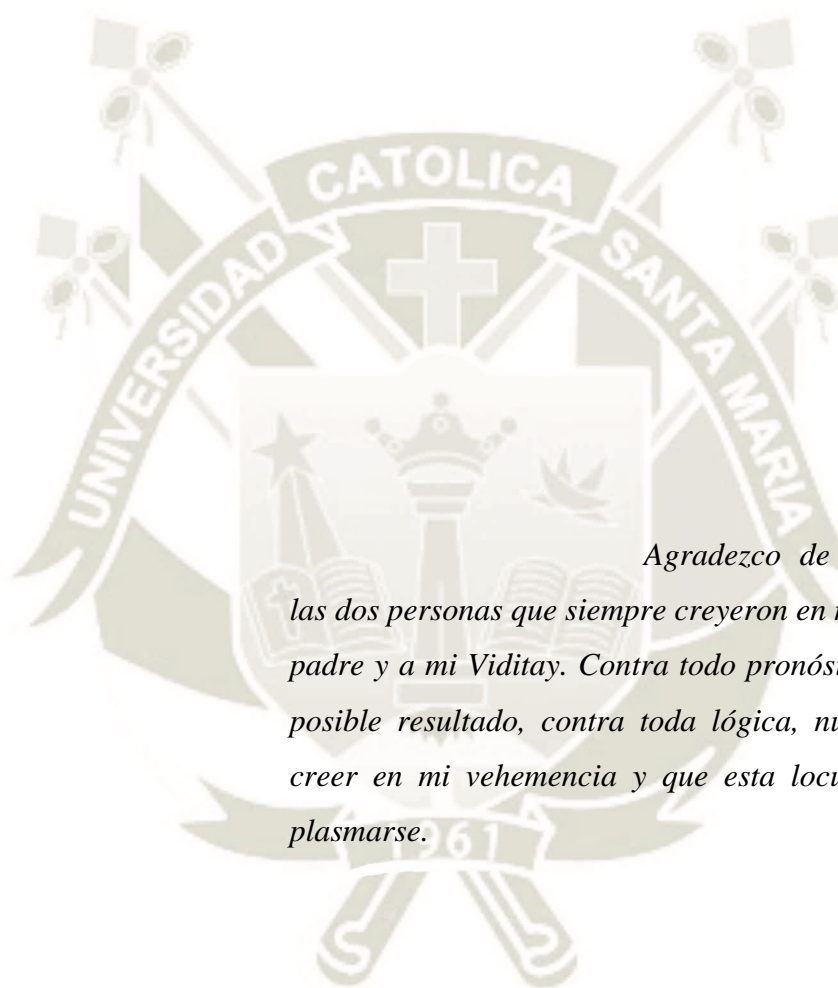
ANGEL MARÍA MANRIQUE LINARES

Dedicatorias

Dedico esta investigación muy en especial a mi padre, por ser el cómplice y mayor forjador de mi camino profesional; a mi madre por ser el corazón de la familia y perdón por tantas lágrimas; a mi hermana por ser la voz de mi conciencia todos estos años y a ese ángel que tengo en el cielo que fue mi fuerza en cada desvelada. Para demostrar que no se necesita talento, solo se necesita esfuerzo, para lograr las metas.



Agradecimientos



Agradezco de sobremanera a las dos personas que siempre creyeron en mi persona: a mi padre y a mi Viditay. Contra todo pronóstico, contra todo posible resultado, contra toda lógica, nunca dejaron de creer en mi vehemencia y que esta locura mía fuera a plasmarse.

INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto, la Constitución Política del Perú de 1993 consagra una gama completa de garantías constitucionales; es el proceso de amparo, por excelencia, la garantía constitucional más efectiva para la defensa de los derechos fundamentales en el Perú. Este proceso constitucional se encuentra regulado por la Ley 28237 de mayo 2004, también conocido como el Código Procesal Constitucional, dónde estipula la legitimación para obrar para acceder a la tutela jurisdiccional constitucional.

El Tribunal Constitucional, a través de varios pronunciamientos ha desarrollado los alcances de citado proceso, en las cuales menciona que tal como los derechos fundamentales son *intuitu personae*¹, cada persona afectada en sus derechos puede presentar la demanda respectiva y los efectos de la sentencia únicamente alcanzaran al accionante², postura concordante con la desarrollada por el Código Procesal Constitucional. Sin embargo, la sociedad ha evolucionado y esta se caracteriza por el fenómeno de la “masificación”; el derecho no puede ser ajeno a tal escenario y limitarse a la defensa de un único sujeto afectado, por lo tanto este deberá evolucionar para tutelar los derechos de una colectividad.

La presente investigación pretende proponer una figura procesal idónea para la defensa de los derechos de una pluralidad de sujetos: un verdadero litisconsorcio activo constitucional, a través de un “Amparo Colectivo”; haciendo uso de la experiencia en el derecho comparado, específicamente con la Acción de Grupos Colombiana.

De esta manera, se ha abordado a un estudio de los conceptos principales de estas figuras procesales, estructurándolo en 3 capítulos: el Primer Capítulo, detalla la historia del proceso de amparo en el Perú, la legitimidad en la acción de amparo y la sentencia del proceso de amparo en el Perú; el Segundo Capítulo, estudiaremos la Class Action, sus orígenes y sus requisitos procesales en Norte América, cómo se ha aplicado esta figura procesal en Colombia, su normativa y requisitos procesales; por último en el tercer Capítulo, nos enfocaremos en una comparativa entre el Amparo Peruano y la Acción de Grupo colombiana, para demostrar cuán factible sería la inclusión de esta figura procesal en el ordenamiento procesal constitucional peruano.

La Acción de Amparo en el Perú ha sido reiteradamente estudiada y analizada; por ello, a lo largo del capítulo primero profundizaremos en la legitimidad para obrar en la acción de

¹ Exp. N° 1070-2007-PA/TC, Caso Edwin Humberto Lazo Rios, Fundamento 3

² Exp. N° 04878-2008-PA/TC, Caso Viuda De Mariátegui e Hijos S.A, fundamento 33

amparo, así como los efectos de la sentencia y las figuras procesales post facto, que se relacionan con la sentencia estimatoria. Dentro del capítulo segundo, analizaremos la FRCP 23 estadounidense y estudiaremos específicamente los requisitos procesales de la Acción de Grupos Colombiana, estipulada en la Ley N° 472 de 1998, con el mismo tenor que en el capítulo precedente.

El presente trabajo se limitó a hacer una investigación documental y a una figura procesal en concreto, por ende, es de carácter descriptivo. Analizando la citada figura procesal colombiana en cuanto a su legitimidad y sentencia, y una posible inclusión en el ordenamiento jurídico constitucional peruano. Confío que el presente trabajo, permitirá establecer parámetros de actuación razonable para el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional para la tutela de los derechos pluriindividuales en nuestro país.

Arequipa, agosto 2018



RESUMEN

La presente investigación gira en torno a la inclusión de la figura de la Acción de Grupos Colombiana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano, como un subtipo de la Acción de Amparo vigente, para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, específicamente para los derechos pluriindividuales.

Así, partimos analizando el Proceso de Amparo peruano, el cual es el mecanismo idóneo para la defensa de una amplia diversidad de derechos fundamentales. Por regla se ha estipulado que el titular del derecho fundamental violado es también el titular de la acción, extraordinariamente el juez puede otorgar legitimación quien no necesariamente es el titular del derecho subjetivo, pudiendo obrar terceras personas con legítimo interés, así como instituciones públicas, dado el carácter flexible del amparo, especialmente cuando se vulneran intereses difusos. Actualmente, el sistema peruano cuenta con procedimiento específicos para el amparo de intereses difusos y colectivos; lamentablemente no existe un procedimiento para la tutela de derechos pluriindividuales

Por otro lado, el derecho anglosajón ha desarrollado las “acciones colectivas” como el mecanismo idóneo para la tutela efectiva de pretensiones de diversa índole, desde derechos originados en ordenativa legislativa hasta derechos constitucionalmente reconocidos. La Class Action norteamericana es una acción de defensa para la tutela de derechos difusos, colectivos, así como de derechos individuales homogéneos. Característica reiterada por la Ley N° 472 de 1998 de Colombia, en la cual estipulo un proceso diferenciado: Acción de Clases, equivalente al Amparo Difuso Peruano; y Acción de Grupos, como mecanismo idóneo para la defensa de derechos individuales homogéneos en este país. Cabe mencionar que este país ha determinado que las acciones colectivas son de jurisdicción contencioso-administrativa y la finalidad del proceso es meramente indemnizatoria.

En ese orden de ideas, es menester hacer el siguiente cuestionamiento ¿es posible incluir la Acción de Grupo en nuestro ordenamiento procesal constitucional o ambas figuras son enteramente incompatibles?

Para dar respuesta a tal pregunta, es que realizamos un análisis de la legitimidad para obrar activa, la sentencia y efectos de la sentencia de ambos procesos, así como un análisis de la normativa legal aplicable en cada uno de ellos. La conclusión del presente trabajo permite apreciar es que la legitimación para obrar en el amparo, en un sentido positivo, nos faculta

para la intervención en el proceso como parte de la relación adjetiva. Sin embargo, en un sentido negativo, la legitimidad restringe esta intervención a un número limitado de individuos. Dentro de nuestro ordenamiento nacional, no se encuentra regulada alguna figura procesal constitucional donde un gran número de personas puedan acudir al proceso de manera colectiva. A su vez, la Acción de Grupos Colombiana ha regulado una forma de legitimidad para obrar, aparentemente idónea para la defensa de derechos pluriindividuales; esta idoneidad incluye la incorporación de nuevos requisitos al escrito de la demanda, a la sentencia y los efectos de esta misma, que fueron todas adecuadas para cumplir tal finalidad.

En vista de la ausencia en el marco normativo nacional para la defensa de derechos pluriindividuales, y omitiendo la jurisdicción y finalidad propias de la figura colombiana, la Acción de Grupos Colombiana es concordante con la Acción de Amparo Peruana. De esta forma, tomando en consideración los requisitos procesales del derecho comparado, bien podríamos consolidar un “Amparo Colectivo” como un mecanismo apropiado para la defensa de derechos pluriindividuales en nuestro país y alcanzar el propósito estipulado en el art. 139 de Constitución Política del 1993.

Palabras Clave:

Acción de Amparo, Acción de Clases, Derechos Pluriindividuales, Derechos Individuales Homogéneos

ABSTRACT

This research revolves around the inclusion of the figure of the Colombian group action in the Peruvian constitutional juridical order, as a subtype of the peruvian Amparo action, for the defense of the fundamental rights on collective incidence, specifically for pluri-individuals rights.

We started analyzing the Peruvian Amparo process, which is the ideal mechanism for defending a wide variety of fundamental rights. By rule it has been stipulated that the holder of the fundamental right violated is also the holder of the action, extraordinarily the judge can grant legitimation who is not necessarily the holder of the subjective right, being able to act third persons with legitimate interest, as well as public institutions, given the flexible nature of amparo, especially when diffuse interests are violated. Currently, the Peruvian system has specific procedures for the protection of diffuse and collective interests; unfortunately, there is no procedure for the guardianship of pluri-individuals rights

On the other hand, Anglo-Saxon law has developed "collective actions" as the ideal mechanism for the effective protection of claims of various kinds, from rights originated in legislative order to constitutionally recognized rights. The American Class action is a defense action for the protection of diffuse, collective rights, as well as homogeneous individual rights. Characteristic reiterated by law N° 472 of 1998 of Colombia, in which stipulate a differentiated process: class action, equivalent to the diffuse Peruvian protection; and group action as an ideal mechanism for the defense of homogeneous individual rights in this country. It is worth mentioning that this country has determined that collective actions are of contentious-administrative jurisdiction and the purpose of the process is purely compensable.

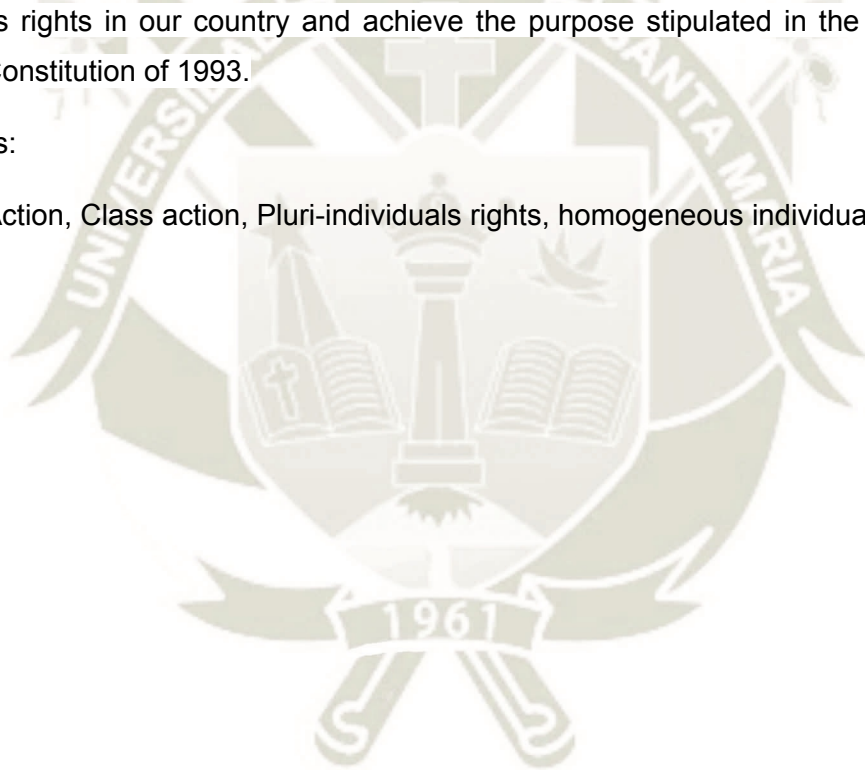
In this order of ideas, it is necessary to make the following question: is it possible to include group action in our constitutional procedural order or both figures are entirely incompatible? to answer this question, is that we carry out an analysis of the legitimacy to act actively, the sentence and effects of the sentence of both processes, as well as an analysis of the legal regulations applicable in each one of them. The conclusion of this paper allows to appreciate is that the legitimation to act in the amparo action, in a positive sense, empowers us for intervention in the process as part of the relationship adjectival. In a negative sense, however, legitimacy restricts this intervention to a limited number of individuals. Within our national order, there is no regulated constitutional procedural figure

where a large number of people can go to the process collectively. In turn, the Colombian group action has regulated a form of legitimacy to act, apparently ideal for the defense of Pluri-individuals rights; this suitability includes the incorporation of new requirements into the writing of the claim, the judgement and the effects of the complaint, which were all appropriate to fulfil that purpose.

In view of the absence in the national normative framework for the defense of Pluriindividuales rights, and omitting the jurisdiction and purpose of the Colombian figure, the Colombian group action is consistent with the action of Amparo Peruana. Thus, taking into consideration the procedural requirements of comparative law, we could well consolidate a "collective protection" as an appropriate mechanism for the defense of Pluri-individuals rights in our country and achieve the purpose stipulated in the Article 139 of Political Constitution of 1993.

Key words:

Amparo Action, Class action, Pluri-individuals rights, homogeneous individual rights



ÍNDICE

<i>Dedicatorias</i>	VI
<i>Agradecimientos</i>	VII
INTRODUCCIÓN.....	VIII
RESUMEN.....	X
ABSTRACT	XII
INDICE	XIV
Capítulo I: Proceso de amparo en el Perú	1
1. Historia del proceso de amparo	1
2. Conceptualización del Proceso de Amparo	12
3. Principios Procesales subyacentes en el Proceso de Amparo	19
3.1. Principio de Dirección Judicial.....	19
3.2. El principio de gratuidad en la actuación del demandante	20
3.3. El principio de economía procesal.....	21
3.4. Principio de Inmediación	23
3.5. Principio de Socialización del Proceso	24
3.6. Impulso Procesal de Oficio	26
3.7. La adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales	27
3.8. La continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión ..	28
4. Legitimación	29
4.1. Legitimación Activa en el Proceso de Amparo.	31
4.2. Legitimidad Pasiva en el Proceso de Amparo	58
4.3. Terceros Intervinientes en el Proceso de Amparo	60
5. Competencia en el Amparo	63
5.1. Competencia por razón de territorio	65
5.2. Competencia funcional	66
5.3. Competencia por razón de materia	67
6. La Sentencia del proceso de Amparo	67
6.1. Cosa Juzgada	71
6.2. Represión de actos homogéneos	76
6.3. Estado de Cosas Inconstitucional.....	91

6.4. Recurso de agravio constitucional como verificador de la homogeneidad del acto lesivo.....	94
CAPITULO II: El Amparo Colectivo - La Acción de Clase o Grupal.....	98
1. Historia de la Acción de Clases.....	98
2. Regla Federal de Procedimiento Civil 23: Requisitos explícitos, requisitos implícitos e Hipótesis de Cabimiento.	104
2.1. Requerimientos explícitos de admisión.....	106
2.2. Requisitos implícitos	109
2.3. Hipótesis de cabimiento	110
3. Casos de <i>class actions</i> por violaciones graves a los derechos humanos.....	111
3.1. El caso Hilao contra Marcos	112
3.2. Los casos Karadžić	113
3.3. El caso de la Iglesia Presbiteriana de Sudan vs Talisman Energy, Inc.....	114
3.4. El caso Chiquita Brands International:	115
4. Derecho Comparado: La Acción de Grupo en la Legislación Colombiana.	116
4.1. La creación de la acción de grupo en tierras colombianas.....	117
4.2. La Ley 472 de 1998, Ley de Acciones de Grupo en Colombia:.....	119
4.3. Principios procedimentales de la acción de grupo colombiana: Celeridad, economía y seguridad jurídica.....	122
4.4. Aspectos Procesales de la Acción de Clases/Grupo en la Legislación Colombiana.	124
Capitulo III: Acción de Grupos para le defensa de derechos individuales homogéneos en el Perú, un contraste normativo	142
1. Legitimidad para obrar en ambas figuras procesales:.....	142
2. Imposibilidad para indemnizar a un grupo indeterminado de personas a través del Amparo Peruano.....	147
3. Efectos de Sentencia	149
CONCLUSIONES.....	153
SUGERENCIAS.....	155
PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL	156
BIBLIOGRAFÍA	162
ANEXOS	183
Proyecto de investigación	183

Capítulo I: Proceso de amparo en el Perú

1. Historia del proceso de amparo

El Perú cuenta con un antecedente remoto: “el amparo colonial, que fue fruto de la antigua legislación novo-andina que provino del derecho de indias y que en México desde los años setenta también se han descubierto estos antiguos antecedentes novo-andinos provenientes del influjo ibérico” (Eto, 2013, p.148). Sin embargo, para el presente trabajo trazaremos el Amparo tomando en consideración la investigación Domingo García Belaunde (1980), quién acertadamente lo divide en 3 etapas, noción que usaremos de base y complementaremos con información adicionalmente recopilada por otros autores renombrados:

- a. De 1897 a 1933. En este período, 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, conocida como la Ley de Liquidaciones Preventivas, que permitió la protección de derechos constitucionales distintos a la libertad personal (Abad, 2015, p.294), a través de su artículo séptimo que estableció lo siguiente:

“Todas las garantías contenidas en el Título IV de la Constitución del Estado, darán lugar a recursos destinados a amparar a los habitantes de la Republica que fueren amenazados en el goce de sus libertades, o de hacer cesar las restricciones indebidas por cualquier autoridad. Son aplicables a esto recursos las disposiciones de la ley de Habeas Corpus, en cuanto a las autoridades que deban conocer de ellos, a las personas que puedan presentarlos y a las reglas de su tramitación”

Esta norma, sin duda alguna, “desarrolla una extensión del habeas corpus, tradicionalmente tutelados de la libertad persona, hacia los demás derechos fundamentales. Al respecto, el Título IV de la Constitución de 1860 rotulado como “Garantías Individuales” estableció en sus artículos 14 y 32 diversos derechos fundamentales que eran distintos a la libertad personal” (Eto, 2014,

p.76). Derechos tales como la legalidad, efecto retroactivo, censura previa, el honor, libertad de prensa, inviolabilidad de la correspondencia, libertad de profesión, derecho de propiedad, entre otros. Pese a todas sus imperfecciones y sus límites pragmáticos, concordamos con Domingo García Belaunde al considera que este Art. Es el antecedente normativo más remoto de lo que conocemos como el Proceso de Amparo en tierras peruanas.

- b. De 1933 a 1979. En el caso de la Constitución de 1933, se debe recordar que la Junta Nacional del Gobierno presidida por David Samanez Ocampo, designo, el 7 de agosto de 1931, una comisión para que preparase un anteproyecto de Constitución: El anteproyecto de la Comisión Villarán (Villarán, 1962). “Este documento mantuvo la postura de ampliar el habeas corpus hacia los derechos fundamentales distintos de la libertad individual” (Eto, 2014, p. 81). En el Art. 185 del mencionado Anteproyecto precisan lo siguiente:

“Art. 185.- Todas las garantías otorgadas por la Constitución darán lugar al recurso de habeas corpus, destinado a amparar a los habitantes de la República que fueren amenazados en el goce de sus libertades, o a hacer cesar las restricciones indebidas impuestas por cualquier autoridad”.

Un dato muy resaltante es respecto del planteamiento del Partido Socialista Revolucionario a través del “Diputado Luciano Castillo que solicitó se incluyera el término ‘derechos individuales y sociales’” (García, 1971, p.408). Tal propuesta fue aceptada por la Comisión. Finalmente, la norma quedo alojada en el Art. 69 de la Constitución Política de 1933 en los siguientes términos:

“Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de habeas corpus”.

A partir del marco constitucional de 1933, el habeas corpus como institución procesal tuvo dos desarrollos legislativos: por un lado, se regulo el habeas corpus estricto sensu tenía su desarrollo legal ordinario a través del Código

de Procedimientos penales del año 1939, restringido a la protección de la libertad individual; por otro lado, el habeas corpus para la tutela de los demás derechos diferentes a la libertad individual, vio su regulación a través del Decreto Ley N° 17083 del 24 de octubre de 1968, que regulaba la tramitación del habeas corpus en la “vía civil” (Eto, 2014). Característica mencionada de manera tácita en la parte considerativa del D. Ley N° 17083 que estipula de la siguiente manera:

- *El Código de Procedimientos Penales regula la tramitación de habeas corpus consagrado en el artículo 69 de la Constitución de 1933, fueron redactados teniendo solo en cuenta el “recurso” para la protección de la libertad individual.*
 - *Que, frente a esta situación, es necesario dictar normas procesales para la tramitación del habeas corpus en el caso de las demás garantías constitucionales a fin de subsanar el vacío de la ley y sustentar con normas precisas las reglas analógicas aplicables a la jurisprudencia, así como determinar los alcances de las resoluciones judiciales expedidas en estos procesos sumarios.*
- c. A partir de la Constitución de 1979, es cuando al fin acontece la constitucionalización del proceso de amparo; “haciendo uso en parte de los instrumentos vigentes que conforman la jurisdicción constitucional de la libertad y que se consagra en el modelo de la Carta del 79 vía el habeas corpus y el amparo. Estos son los únicos instrumentos procesales de defensa que contaban los ciudadanos para la tutela de sus libertades fundamentales” (Eto, 2014, p.93); todo ello para afirmar la vigencia de la parte dogmática de la constitución; bajo la denominación de “garantías constitucionales”. A través del Art. 295 del Título V “Garantías Constitucionales” (haciendo notable la influencia de la constitución italiana de 1947), es que el Amparo se afirma en sede constitucional, estableciéndose en la segunda parte del artículo de la forma siguiente:

Artículo 295. La acción y omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas 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 habeas corpus en los que es aplicable.

Por otro lado, Eto (2014) nos menciona que:

la defensa de la parte orgánica de la Constitución de 1979, estuvo expresada a través solo de dos procesos cuyo fin era el control abstracto de la constitucionalidad y la legalidad de las normas, a través de la Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la constitución por forma y por el fondo; adicionalmente, el proceso de Acción Popular estaba orientado a la tutela del principio de legalidad y de la constitucionalidad de aquellos reglamentos y normas administrativas, así como contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos Regionales y Locales, así como demás personas de Derecho Público. (p.94)

La competencia funcional fue entonces dividida en dos sedes jurisdiccionales: La competencia de una especie de primera instancia se le entregó al juez ordinario para conocer estos procesos constitucionales. Por otro lado, se le otorgo competencia de revisión de resoluciones denegatorias de estos procesos al Tribunal de Garantías Constitucionales, así como los de habeas corpus. Esto fue desarrollado a través de lo desarrollado en el Art. 298:

Artículo 298.- “El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para: [...]

Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial”.

“Sin embargo, fue desestimada la propuesta destinada a fijar sus normas procesales básicas. Se entendió que para ello bastaba efectuar una remisión al proceso de hábeas corpus en lo que sea aplicable” (Abad, 2015, p.299).

Luego de más de dos años de vigencia de la Carta de 1979, en diciembre de 1982 se expidió la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo. El entonces presidente de la República, Fernando Belaúnde Terry, mediante Resolución Suprema 059-81-JUS, designó una Comisión integrada por los doctores Domingo García Belaunde, Alberto Borea Odría, Pedro Arnillas Gamio, José León Barandiarán Hart y Jorge Velarde Santamaría, encargada de elaborar un anteproyecto de ley sobre los procesos de hábeas corpus y amparo.

Samuel Abad (2015) menciona que:

La LHCA, si bien contó con el aporte de una actualizada doctrina constitucional, presentó serios vacíos procesales; por ejemplo, la regulación de la medida cautelar. La ley reguló los procesos de amparo y hábeas corpus hasta el 30 de noviembre del 2004, puesto que después fue reemplazada por el Código Procesal Constitucional que todos conocemos. Fue objeto de innumerables reformas parciales, así como contó con una ley complementaria (Ley 25398). Las reformas no siempre se efectuaron con criterios racionales y objetivos, sino que, en diversas ocasiones, se realizaron con la finalidad de restringir o dificultar el funcionamiento del amparo y, en definitiva, limitar el control de los poderes públicos. (p.299)

- d. Durante la vigencia de la Constitución de 1979 y la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, el proceso de amparo propiamente dicho, tuvo varias modificatorias. Entre ellas están: **La décimo segunda disposición transitoria del Decreto Legislativo 384**, del 29 de agosto de 1986 que

“negaba la procedencia de las medidas cautelares contra resoluciones judiciales en materia laboral, mientras que en los demás supuestos –civil o administrativo, por ejemplo– sí podía ser dictada, lo cual sin duda carecía de una justificación objetiva y razonable, mencionada norma vulneraba la tutela judicial efectiva” (Abad,2015,p.299); **La Ley 24723**, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 11 de octubre de 1987, fijó un procedimiento especial para procesos de amparo; donde se cuestionaba intento gubernamental de estatizar las empresas bancarias, financieras y de seguros, conforme a la Disposición Complementaria de la ley citada; **La Ley 25011**, del 7 de febrero de 1989, cuya norma modificaba los Art. 29, 31 y 6 de la Ley N° 23506. Esta norma establecía un turno judicial *ad hoc* para los procesos de amparo en el Art. 29, la modificatoria del Art. 31 innovaba con un nuevo tramite de pedido de suspensión del acto violatorio durante el proceso, así como la creación de una nueva causal de improcedencia en el Art. 6 ,no prevista en la LHCA, que mencionaba que las dependencias administrativas y empresas públicas no podían interponer acciones de garantía contra los poderes del Estado u otros órganos constitucionales, por actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones; **Decreto Legislativo 613** –Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales–, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 8 de septiembre de 1990, el cual modifica el artículo 26 de la LHCA respecto a la legitimación activa, “pues estableció que el amparo podía ser interpuesto por cualquier persona y por las organizaciones no gubernamentales de defensa del medio ambiente” (Abad, 2015,p. 300) , siendo a nuestro entender una de las primeras aproximaciones a la defensa constitucional intereses difusos, tema que desarrollaremos más adelante; **El Decreto Supremo 024-90-JUS**, del 7 de diciembre de 1990, reglamentó la LHCA recogiendo en lo sustantivo un proyecto elaborado hacia 1985 en que fue archivado en su momento, sin embargo tal reglamento fue derogado por la **Ley 25398**, Ley Complementaria de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, que fue nuevamente una reproducción textual del Reglamento derogado, cuya finalidad era brindarle mayor jerarquía normativa a las disposiciones que se incluyeron en el

Reglamento y los vacíos de la Ley 23506. La principal modificatoria se desarrolló en el Art. 31 de esta Ley, “que amplió la interposición de la Acción de Amparo” (Eto,2014, p.104); artículo que mencionaremos a continuación:

Artículo 31.- Modifícase los Artículos 29 y 31 de la Ley N° 23506, modificados por la Ley No. 25011 y, este, último, por el Decreto Legislativo N 611, en los siguientes términos:

"Artículo 29: Son competentes para conocer de la Acción de Amparo los Jueces de Primera Instancia en lo Civil 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. 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 cualesquiera de los Jueces cuyo turno esté programado para los treinta días siguientes a la fecha antes señalada".*

Ley N° 25433, Ley que modifica el Art. 31 de la Ley 23506 y deroga el Art. 7 de la Ley N° 24968, promulgada el 17 de abril de 1992, “modificó la medida cautelar prevista por el artículo 31 de la LHCA, restringiendo la posibilidad de suspender rápidamente los actos lesivos a derechos fundamentales” (Abad, 2015, p. 301). Adicionalmente, a través de su Art. 3 prescribió que:

“Los jueces y magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público quedan encargados del debido cumplimiento del presente Decreto Ley; caso contrario quedarán incurso en la comisión de falta grave que será sancionada con destitución inmediata; sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderle s por la comisión del delito tipificado en el Art. 418 del Código Penal”.

Gerardo Eto (2014) nos menciona que:

Luego del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, entre los diversos decretos leyes dictados en el interregno de facto, se estableció diferentes causales de improcedencia de las acciones de garantía o, más apropiadamente, de procesos constitucionales, específicamente de amparo, a través de sendos Decretos Leyes como son DDLL N° 25454, 25473, 25496, 25528, 25529, 25531, 25536, 25545, 25560, 25580, 25640, 25659 (modificado por la Ley N° 26248), 25700, 25967, 25994, 26090 y 26119. (p.106)

Todo un recopilado normativo cuyo único fin era establecer zonas exentas del control jurisdiccional y a su vez, desnaturalizar el amparo.

e. Constitución política del Perú de 1993, la metodología empleada para su redacción fue muy premurosa y solo persiguiera producir aceleradamente el texto que se deseaba el gobierno de facto para garantizar la permanencia en el poder del régimen. En la actualidad, la Constitución ha cambiado debido a las reformas constitucionales efectuadas y al aporte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Al igual que su antecesora, la carta de 1979, esta mantiene la concepción italiana de “Garantía Constitucional” del Amparo, Gerardo Eto (2014) considera que las principales características del Amparo dentro de la Constitución son las siguientes:

- Conforme al Art. 200, inc.2. el Amparo se configura como una acción y no un recurso
- El Art. 3, así como el Art. 200, inc. 2, menciona que el Amparo tiene como finalidad cautelar y restituir el goce efectivo de los derechos constitucionales, derechos fundamentales, valores constitucionales y todos aquellos principios constitucionales que se fundan en la dignidad de la persona, así como en la soberanía del pueblo, el Estado Democrático y de la forma republicada del gobierno.
- No se encuentran tutelados a través de la Acción de Amparo, los derechos al acceso de la información de las entidades públicas (Art. 2, inc. 5), así como el derecho a la autotutela de la información

personal, que está protegida a través del Habeas Data (Art. 200 inc. 3); tampoco se encuentran tutelados las omisiones de autoridades y funcionarios que no cumplen con lo dispuesto en una norma o acto administrativo, ya que estas vulneraciones son resarcidas a través de la Acción de Cumplimiento (Art. 200 inc. 6)

- Acción de Amparo puede ser interpuesta contra cualquier hecho u omisión proveniente de cualquier autoridad, funcionario, persona natural o jurídica; inclusive la Acción de Amparo no procede únicamente contra el acto lesivo, sino que también procede ante la amenaza de violación de derechos constitucionales o fundamentales, conforme al art. 200 inc. 2
- No procede, en principio, contra normas legales de naturaleza heteroaplicativas, pero sí contra normas autoaplicativas; adicionalmente, la acción de amparo procede contra aquellas resoluciones emanadas de un procedimiento irregular pero no contra resoluciones judiciales emitidas en un procedimiento regular, conforme al art. 200 inc. 2
- El último párrafo del art. 200, haciendo una referencia al Estado de Excepción desarrollado en el Art. 137, menciona que el ejercicio de Acción de Amparo no se suspende; además que ante la interposición de la acción de amparo en los supuestos de determinados derechos que fueron restringidos o la suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales, el órgano jurisdiccional estaría obligado a examinar la “razonabilidad” y la “proporcionalidad” del acto restrictivo.
- Conforme al Art. 106, la Acción de Amparo deberá ser desarrollada a través de Leyes Orgánicas de Garantías Constitucionales, desde la vigencia de la carta del 93 las eventuales reformas son dictadas por Leyes Parlamentarias con el voto del Parlamento.
- No es posible desarrollar políticas legislativas de reformas de la Acción de Amparo a través de Decretos Legislativos.
- El Art. 55, 205 y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución legitima al titular del derecho fundamental vulnerado,

que, en caso de agotar la jurisdicción interna, pueda optar por recurrir a la jurisdicción supranacional.

- f. Desarrollo Orgánico de la Acción de Amparo, Ley 28237 que regula el Código Procesal Constitucional. Es en esta última etapa, y la vigente a nuestros días, en que el proceso de Amparo ha encontrado el mayor desarrollo, siendo que el proceso de amparo se ha interrelacionado con las demás garantías constitucionales de una manera sistemática; dígame estos procesos el habeas corpus, la acción de cumplimiento, acción popular, habeas data, proceso de inconstitucionalidad y el proceso competencial. Es en esta norma dónde los procesos constitucionales han encontrado plasmados sus lineamiento y principios característicos. Desde la vigencia del Código Procesal Constitucional, el desarrollo jurisprudencial constitucional se basa en la doctrina jurisprudencial, por un lado, y por los precedentes vinculantes, por el otro. Sin embargo, la característica más resaltante es la tan reconocida “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional, situación que ha permitido la creación de una serie de figuras procesales innovadoras y procedimientos que, primitivamente, no se encontraban reguladas en el Código (Eto, 2014). Lamentablemente, pese a todas las innovaciones, el Código Procesal Constitucional también ha sufrido de ciertas modificaciones. Samuel Abad (2015) considera la existencia de las siguientes modificaciones:

Una primera reforma la introdujo la Ley 28642, que trató de impedir el cuestionamiento de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones. El referido dispositivo modificó el inciso 8 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional con la finalidad de impedir el cuestionamiento de las decisiones de dicho organismo electoral, lo cual, a nuestro juicio, constituye una limitación desproporcionada. Dicha ley fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, declarada fundada por el Tribunal Constitucional.

La segunda reforma al Código Procesal Constitucional fue incorporada por la Ley 28946, que ha efectuado diversas modificaciones al proceso de amparo. Así:

- (i) establece un procedimiento especial cuando se trata de un proceso de amparo contra normas autoaplicativas, precisando que en tales casos las decisiones serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema;
- (ii) dispone que las excepciones y defensas previas se resolverán previo traslado a través de un auto de saneamiento procesal que antes no existía;
- (iii) modifica el procedimiento para la expedición de medidas cautelares, especialmente cuando se cuestionan normas autoaplicativas; y,
- (iv) se reforma la regulación existente sobre la competencia del juez y algunos aspectos del procedimiento del amparo.

La tercera modificación se introdujo a través de la Ley 29364, cuya Segunda Disposición Derogatoria dispuso que las demandas de amparo contra resoluciones judiciales se presentarán ante el Juez de primera instancia y no ante la Sala Civil de la Corte Superior respectiva.

Y la última reforma fue la Ley 29639, que estableció un procedimiento especial cuando la medida cautelar solicitada pueda afectar derechos administrativos referidos al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos. (p. 307)

Con todo ello, el proceso de amparo ha sufrido un largo camino hasta la concretización legislativa a través del Código Procesal Constitucional, habiendo sufrido de múltiples modificatorias, algunas inadecuadas y otras hasta regresivas; otras muy necesarias y eficientes, más no por ello se debe decir que sea suficiente. El presente acápite desarrollado nos pone en manifiesto la necesidad de innovar el proceso constitucional constantemente, y más específicamente el proceso de amparo, en nuestro país, para una tutela eficiente de los derechos fundamentales de aquellos sea de donde provenga el acto lesivo.

2. Conceptualización del Proceso de Amparo

El amparo ha sido desarrollado ampliamente en la doctrina, por mencionar algunas definiciones que son las siguientes:

Samuel Abad Yupanqui Abad Yupanqui (2004) expresa que el Amparo: “constituye una tutela privilegiada (...) cuya finalidad esencial es proteger eficazmente los derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de un proceso especial que cuenta con un trámite procesal más acelerado” (p. 95).

Siguiendo a Samuel Abad, es el Alfaro (2009) quien perfecciona la definición del amparo agregando un aporte personal, indicando que este es:

Un proceso urgente de naturaleza constitucional, cuya pretensión es obtener la protección jurisdiccional frente a actos lesivos, (amenazas, omisiones, actos stricto sensu de los derechos constitucionales, distintos de la libertad individual y a los tutelados por el Habeas Data, procede contra actos lesivos cometidos por cualquier autoridad, funcionario o persona, la pretensión es fundamentalmente de condena; y de ser el caso, disponer la nulidad del acto lesivo. (...) El amparo es el proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger todos los derechos constitucionales de la persona – con excepción de los que protegen el habeas corpus, el habeas data y el cumplimiento. Ante violaciones o amenazas de violación provenientes de una autoridad o de un particular. Lo puede presentar el mismo afectado o cualquier otra persona a su nombre. Si se comprueba efectivamente, violaciones a derechos, ordena que los actos violatorios se suspendan inmediatamente. (p.45)

Por otro lado, citando Romero León Orantes, Ortecho (2004) es quien expone la naturaleza del amparo al mencionar que:

La naturaleza del amparo es exclusivamente política y aunque su materia sea jurídica y el órgano competente para conocer sobre él, de naturaleza jurisdiccional, no por ello debe confundirse con una contienda judicial en la que simplemente se persiga una declaración de la ley para definir diferencias

entre las partes (...) el recurso de amparo tiene por finalidad asegurar a los habitantes el goce definitivo de sus derechos constitucionales, protegiéndolos de toda restricción o amenaza ilegal o arbitraria contra los mismo por parte de los órganos estables o de otro órganos particulares, con excepción de la libertad física ya amparada por el Habeas Corpus. (p.131)

A nuestra apreciación la definición que encontramos en la obra “Estudios de Derecho Procesal Constitucional”, la más completa ya que abarca tanto la naturaleza como la finalidad del proceso de amparo, así mismo del mismo concepto se pueden extraer las características de la figura procesal:

El proceso constitucional de amparo es un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales, frente a las violaciones actuales o amenazas inminentes de su transgresión. Sin embargo, debemos de precisar que el proceso de amparo no protege todos los derechos fundamentales, sino a un grupo de ellos que son distintos de la libertad personal o de los derechos conexos a ella, así como el derecho a la información pública como el derecho a la autodeterminación informativa, que tienen, respectivamente, procesos constitucionales específicos para su tutela.

No obstante que la protección de los derechos fundamentales es la finalidad primordial del proceso de amparo, es del caso resaltar que este proceso no constituye una forma ordinaria o común de protección de dichos derechos, sino por el contrario, es un instrumento extraordinario, o excepcional de protección. Es por ello que se afirma que el amparo es un instrumento de tutela de urgencia, es decir “que sólo actúa ante la falta de otros mecanismos procesales que resuelvan eficazmente la cuestión”. Esta posición respecto del amparo ha sido recogida por el Código Procesal Constitucional, que establece a contrario sensu, que el amparo solo será procedente cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho fundamental amenazado o vulnerado. (Landa, 2006, p.166)

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el máximo intérprete de la constitución define el proceso de amparo, a través de la STC Exp. N° 1875-2004-AA/TC donde indica que:

La acción de amparo es una garantía destinada a proteger los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado; su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o vulneración del derecho constitucional, y su naturaleza es restitutiva y no declarativa de derechos. El amparo no es un proceso constitucional mediante el cual se puede declarar un derecho ni hacer extensivos los alcances de una norma legal a quienes no están expresamente comprendidos en ella, razón por la cual la presente demanda resulta improcedente. (2004, fundamento 2)

No fue sino a través de la STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC, donde este Tribunal Constitucional desarrolla la finalidad, así como la doble naturaleza de los derechos fundamentales que son protegidos a través del proceso:

El proceso de amparo se configura como un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas (ciertas e inminentes) de su transgresión. De esta forma, convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo de hecho, riendo la puerta para una protección formal y material de los mismos, permitiendo al tribunal Constitucional cumplir con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales.

En tanto proceso constitucional, comparte su doble naturaleza. Es decir, "la función de la Constitución en la dirección de los derechos fundamentales individuales (subjetivos) sólo es una faceta del recurso de amparo. Este tiene una doble función, junto a la subjetiva, otra objetiva: "asegurar el derecho Constitucional objetivo y servir a su interpretación y perfeccionamiento"³

3 HÄBERLE, Peter. «El Recurso de Amparo en el Sistema Germano-Federal de Jurisdicción Constitucional». En Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ

En tanto proceso fundamentalmente subjetivo, es promovido por la violación de derechos fundamentales, alegación compleja que no puede ir dirigida únicamente a lograr que el Tribunal determine el contenido de un derecho tutelable por el amparo, sino que se vuelve indispensable la conexión de éste con un acto concreto -de autoridad o particulares- que haya producido una afectación sobre el mismo. Su dimensión objetiva, determina que para resolver se hace necesaria la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente a través los principios constitucionales en los que se regula el derecho o categoría jurídica protegible que se alega vulnerada, la cual se convierte en criterio cierto para orientar la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de los demás órganos estatales y, particularmente, de los órganos judiciales. (2005, fundamento 13)

Finalmente, la existencia del proceso de amparo se justifica en que, como señala Almagro Nosete (1984):

todo derecho fundamental requiere una garantía jurisdiccional para que pueda ser considerado un verdadero derecho, por lo que no es suficiente la existencia de un derecho, si no cuenta con una protección o garantías jurisdiccional o procesal. De esta suerte nos encontramos con las garantías del derecho, o lo que es lo mismo, con la institución como proceso que tutela a la institución. (p.11)

En ese orden de ideas, podemos caracterizar al proceso de Amparo como una acción procesal extraordinaria, subsidiaria, flexible y definitiva; haciendo un análisis sistemático de la del marco normativo procesal constitucional aplicable al proceso de Amparo, para el presente trabajo debemos resaltar las siguientes características:

Se realiza según el canon del principio sustantivo —in dubio pro homine— y adjetivo —favor processum—, según los cuales los derechos fundamentales y los procesos que los tutelan se interpretan extensivamente y las

SEGADO (Coordinadores). La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. Madrid: Dykinson, 1997, p. 257.

limitaciones a éstos se interpretan restrictivamente. Por ello, el juez podría fallar ultra-petita (otorgando más allá de lo demandado) o extra-petita (concediendo algo no demandado). Además, la interpretación de los derechos fundamentales protegidos por el proceso de amparo debe hacerse en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (artículo IV, CPC).

Se incoa cuando la violación de los derechos fundamentales se produce por actos derivados de la aplicación de una norma (artículo 3°, CPC) o cuando el agravio se produce directamente, tanto por una ley autoaplicativa que no requiere de ningún acto o decisión para su ejecución, como por una ley medida que afecta de manera particular a una persona, sin respetar el carácter general y abstracto de las normas legales.

Se interpone también contra una autoridad jurisdiccional cuando, fuera de un procedimiento de su competencia, emite resolución o disposición que lesione un derecho fundamental, según se desprende de los artículos 4° y 37°.16 del CPC; o, dentro de un proceso judicial irregular, se producen vicios formales —in procedendo—, es decir, errores adjetivos en el proceso, o vicios sustantivos —in indicando—, es decir, por la aplicación de leyes incompatibles con la Constitución (Bandres, 1992, pp. 93 - ss.).

También lo puede postular un particular contra actos o hechos de otro particular (artículo 2°, CPC), siempre que se hayan vulnerado directamente derechos fundamentales subjetivos. Ello en la medida en que el proceso de amparo tiene eficacia horizontal de un particular frente a otro particular —Drittwirkung der Grundrechte— de manera directa a partir de la violación del propio texto constitucional e indirecta a través de la aplicación de leyes y reglamentos que la desarrollan inconstitucionalmente. (García y Jiménez-Blanco, 1986, pp. 11-46)

No cabe interponerlo contra resoluciones judiciales que hayan sido expedidas respetando el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, es decir, sin afectar el acceso a la justicia y el debido proceso (artículo 4°, CPC). Pero tampoco en procesos regulares y basados en normas legítimas; no obstante, esta valoración de lo que es o no es irregular o ilegítimo queda reservada a favor de los jueces constitucionales en tanto intérpretes supremos de la Constitución. (Diez-Picazo: 1994, pp. 15-18)

No existe una etapa probatoria formal (artículo 9°, CPC), pero son procedentes aquellos medios probatorios que no requieren actuación, lo cual no obsta para que el juez constitucional pueda y deba valorar la carga de la prueba aportada por el demandante, así como solicitar la que considere necesaria para resolver el caso —claro está, sin que se afecte la duración del proceso—. Ello es así en busca de la verdad constitucional, dado que el amparo es un proceso sumario y extraordinario.

El amparo no reemplaza a los medios de defensa judicial ordinarios, en la medida en que el juez ordinario es competente para inaplicar una norma legal si la interpreta como contraria a la Constitución (de conformidad con el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución). El carácter excepcional del proceso de amparo lo impide (artículo 5°.2, CPC). Por ello, el juez constitucional debe valorar que el amparo no sea un recurso directo contra resoluciones expedidas en otro proceso, ni se utilice luego de haber prescrito la acción judicial, ni sea un recurso adicional que cree una cuarta instancia, ni sirva contra providencias cautelares de otros procesos. (Oliver, 1986, pp. 237-240)

Procede cuando se hayan agotado las vías previas y no existan otros medios idóneos de defensa judicial que protejan los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto dichos jueces y tribunales ordinarios y/o administrativos están también obligados a cumplir la Constitución. Por ello, procede el amparo sólo cuando esos otros procesos o procedimientos no

sean eficaces para tutelar los derechos afectados inconstitucionalmente, incluso dentro de un debido proceso formal.

Existen determinadas excepciones al agotamiento de la vía previa, tales como: 1) si una resolución administrativa, que no sea la última en esta vía, es ejecutada antes de vencerse el plazo para quede consentida; 2) si el agotamiento de la vía previa conlleva a que la afectación del derecho fundamental a tutelar pudiera convertirse en irreparable; 3) si la vía previa no se encuentra regulada o el demandante recurrió a ella sin que sea necesaria; y 4) si no se resuelve la vía previa dentro de los plazos preestablecidos para su resolución (artículo 45° y 46°, CPC). En tal sentido, el agotamiento de la vía previa queda relegado a una condición de innecesario, siempre condicionado a que se trate de evitar un daño irremediable, que se caracterice por ser inminente, urgente, grave e impostergable (Cordón, 1987, pp. 64-78). Finalmente, en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa, el juez debe preferir dar trámite a la demanda de amparo (art. III y 45°, CPC).

La validez del fallo constitucional que adquiere la calidad de cosa juzgada tiene sólo efecto inter partes; sin embargo, si de ella se desprenden principios de alcance general y si el Tribunal Constitucional así lo expresa en la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, se convierte en precedente vinculante para situaciones análogas, donde se produzca la identidad entre el hecho, la circunstancia y el derecho demandado (artículo VII, CPC). No obstante, el Tribunal Constitucional puede apartarse del precedente vinculante siempre que exprese los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta. (Cascajo y Gimeno, 1984, p. 81)

Las características del proceso de amparo ponen de manifiesto la posición tutelar de los derechos fundamentales, al consagrar este proceso como una emanación de la tutela de la dignidad de la persona humana. Ello es así en la medida en que ésta constituye un principio constitucional y un derecho

fundamental que se traduce en que “la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, según se ha consagrado en el artículo 1° de la Constitución. En ese sentido, el Tribunal Constitucional es la máxima instancia judicial para conocer y resolver las resoluciones denegatorias del proceso de amparo, y a través de este proceso puede declarar la inaplicación de una norma legal o la nulidad de un proceso judicial siempre que se hayan violado derechos fundamentales que protege, en particular, el derecho a la tutela procesal y al debido proceso, de conformidad con los artículos 139° inc. 3 y 200° inc. 2 de la Constitución.

(Landa, 2005, p. 364)

3. Principios Procesales subyacentes en el Proceso de Amparo

Estos principios procesales son: a) el de dirección judicial del proceso, b) el principio de gratuidad en la actuación del demandante, c) el principio de economía procesal, d) el principio de inmediación, e) el principio de socialización del proceso. Cabe identificar como subprincipios los siguientes: a) el impulso procesal de oficio, b) el principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, c) el principio pro actione.

3.1. Principio de Dirección Judicial

Bajo este principio, el juez asume un rol determinante y protagónico en el proceso constitucional de amparo, y no limitándose únicamente a observar la actividad procesal de las partes de la controversia, sino que va ser quien las encamine hacia el resultado del proceso deseado e, inclusive, “promueva los actos procesal necesarios a fin de impulsar el proceso, esclarecer los hechos, formarse convicción de los mismos y resolver en consecuencia, dándole así solución al conflicto de intereses de naturaleza constitucional que fuera puesto en su conocimiento” (Hinostroza, 2003, p. 29).

En consecuencia, el juez es el conductor del proceso y, por ende, “no solo tiene el deber de hacer cumplir las normas que lo regulan, sino también la obligación procesal de impulsar su desarrollo, siendo responsable de cualquier demora por su dilación” (Carrión, 2000, p. 48).

Es así como podemos afirmar que, de acuerdo con la naturaleza jurídica de los procesos constitucionales, estos no constituyen instrumentos pertenecientes únicamente a las partes; sino que, conforme a lo desarrollado a lo largo del Título Preliminar y de la norma procesal propiamente, se deposita en el juez un rol protagónico de alta responsabilidad, para que este lleve la dirección del proceso y no limitarse al papel de un mero “oidor” como el antiguo ritualismo procesal lo caracterizaba o incluso estigmatizaba.

El mismo Tribunal Constitucional ha precisado los alcances de este principio a través de su jurisprudencia, mencionado que: “se delega en la figura del juez constitucional el poder-deber de desarrollar razonablemente la actividad de las partes promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta” (STC Exp. N° 2876-2005-PHC/TC, 2005, fundamento 23). Tal criterio fue reiterado por el Tribunal afirmando que: “corresponde al juez constitucional detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, pretenda convertir el proceso en un ritualismo de formas, antes que en un eficiente cauce para la protección de derechos fundamentales y al respeto de la supremacía normativa de la Constitución” (STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, 2004, fundamento 4). Inclusive a través de otro pronunciamiento se ha vinculado este principio con diversos contenidos productos de la dirección judicial, como son el principio de congruencia judicial, la suplencia de queja, así como el *iuri novit curia*, entre otros, como lo mencionan en la STC Exp. N° 2302-2003-AA/TC, Caso Inversiones Dreams (2003, fundamento 30).

3.2. El principio de gratuidad en la actuación del demandante

Contrario a lo estipulado legalmente en el Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil respecto al “principio de gratuidad en el acceso a la justicia”; el código procesal constitucional restringe este principio a una sola de las partes: el demandante. El máximo intérprete de la Constitución, analizando el Art. 139 inc. 16 de la Constitución de 1993 ha desglosado el principio de gratuidad de la impartición de justicia en dos contenidos esenciales, que son: por un lado, la gratuidad para personas con escasos recursos y, por el otro, la gratuidad para todos los casos en

que **la ley lo señale** (STC Exp. N° 1607-2002-AA/TC, 2002, fundamento 5-6). La gratuidad mencionada en el Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es una gratuidad determinada por la ley por lo tanto ciertamente se ubicaría en el segundo de los supuestos antes mencionados por el órgano jurisdiccional.

Por otro lado, el Código no ha hecho extensivo el mencionado beneficio a todas las partes: excluyó a los sujetos emplazados por considerarlos “presuntos agresores”, por lo que su participación en el proceso supone el pago de tasas judiciales y demás gastos propios del proceso. En ese supuesto, bien podríamos encontrarnos ante una “discriminación positiva”, el motivo de esta postura radica en que quien usualmente acuden a la tutela constitucional son aquellas personas que están siendo afectados en complejos derechos de rango constitucional. Por otro lado, en el caso de la contraparte, usualmente, nos encontramos con autoridades, funcionarios estatales o entes corporativos de gran poder económico que no poseen dificultades económicas para ejercer su derecho de defensa o contradicción.

Finalmente, la gratuidad mencionada encuentra su límite o excepción en el último párrafo del mismo artículo del título preliminar, que citamos a continuación: *“La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código”*. Este último supuesto también encuentra sus propios límites en el Art. 56 del Código Procesal Constitucional, mencionando que será el demandante quien pague costas y costos de proceso en caso de que el juez desestime su pretensión; y adicionalmente considere que este actuó con temeridad. El mencionado artículo también cita textualmente que “El Estado, solo puede ser condenado al pago de costos”.

3.3. El principio de economía procesal

Devis menciona que: “este principio debe tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal” (1984, p.36).

Conforme a lo establecido en el Art. II del Título Preliminar: *el fin esencial del proceso constitucional es el de garantizar la primacía Constitucional*. Por lo que esta

finalidad no puede ser obstaculizada por actos procesales innecesarios que generen dilaciones perjudiciales y contrarios a los intereses de las partes.

Rodolfo Espinoza menciona que: “el principio de economía procesal trata de afirmar el ahorro de tiempo, de gastos y de esfuerzos en el proceso” (2007, p. 385). A este respecto, el proceso constitucional debe pretender ser un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo posible; tales finalidades que se consiguen exigiendo el cumplimiento de lo regulado para la conducta de las partes; y en la simplificación de la estructura del procedimiento a seguir.

El Tribunal Constitucional, no ha sido ajeno a este principio y ha sido aplicado y reiterado en numerosas sentencias, como por ejemplo en STC Exp. N° 10340-2006-AA/TC establece que: “(...) del principio de economía procesal, el cual no se restringe, en los procesos constitucionales, a la duración del mismo, sino que exige aliviar en la mayor medida posible el esfuerzo de tiempo y de medios económicos que supone desplazarse a la sede del Tribunal Constitucional (...)” (2006, fundamento 8).

Inclusive el Tribunal Constitucional ha dispuesto este principio, vinculándolo con el principio de celeridad propio de la tutela de urgencia que brinda el amparo, para entrar a examinar el fondo del asunto cuando las resoluciones de grados inferiores han declarado improcedencia liminar de la demanda de amparo (STC Exp. N° 5951-2005-PA/TC, Caso Justo Nemecio Pérez Velazco, fundamento 2). Así también el Tribunal ha destacado esta posibilidad cuando la contraparte no se hubiera pronunciado sobre la pretensión y no hubiera ejercido su derecho de defensa (STC Exp. N° 2980-2004-AA/TC, Caso Mario Mendoza Puescas, fundamento 1); o yendo más allá, el Tribunal ha utilizado el principio de economía procesal para adecuar vías procesales que fueron mal empleadas por los ajusticiables: encauzar procesos de habeas corpus en acciones de amparo puesto que estos resultan más adecuados de ser defendidos en este proceso (STC Exp. N° 4586-2004-AA/TC, Caso Julio, Negrón Zapata, fundamento 3), entre otros pronunciamientos.

3.4. Principio de Inmediación

Es principio está plenamente regulado en el Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y este comprende que el Juez debe actuar junto con las partes durante todo el proceso, inclusive tener un contacto personal con ellos, prescindiendo de cualquier tipo de intermediarios (Devis,1984). Las audiencias y todo acto procesal que se lleve a cabo deberán ser ante la presencia del juez; ergo, este no podrá delegar tal obligación sustancial propia de su cargo y función, a terceros. Como lo plantea Alberto Hinostroza (2003):

El principio de inmediación plantea la idea de que el juez en forma exclusiva y excluyente es el conductor del proceso constitucional; y, por lo tanto, él es quien define la incertidumbre jurídico-constitucional; y por ello debe tener el mayor contacto posible con los sujetos del proceso, con los elementos materiales que tienen que ver con el litigio, con el propio desarrollo de los actos procesales y con la valoración de los medios probatorios recaudados en el proceso. (p. 37)

El principio de inmediación en el proceso constitucional es muy peculiar; este principio se concretiza a la luz de diversas actuaciones probatorias; *contrario sensu*, en los procesos constitucionales no contamos con etapa probatoria conforme el Art. 9 del Código Procesal Constitucional. Por lo tanto, queda bajo potestad del juzgador el redimensionar el principio y adecuarlo a la naturaleza del proceso. El art. 53 del Código establece que, si el Juez lo considera necesario, realizará actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive pudiendo citar a audiencia única a las partes para realizar los esclarecimientos que estimen necesarios. A nuestro entender, consideramos que es, en este último escenario, donde el principio de inmediación adquiere vida dentro del proceso constitucional. Siguiendo lo que Espinoza-Saldaña (2004) menciona:

El principio de inmediación adquiere trascendental relevancia en los procesos constitucionales, procesos en los cuales la naturaleza de lo discutido, y lo complejo que muchas veces significa determinar si son o no fundadas las pretensiones reclamadas, demanda de quienes se

desempeñen como juzgadores un especial conocimiento y manejo de los diversos elementos que rodean las controversias llevadas ante sus despachos. (pp.34-35).

Nuevamente el máximo intérprete de la constitución no es ajeno a estos principios, sobre el principio de inmediación ha mencionado que “procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso para lograr una aproximación más exacta del mismo” (Tribunal Constitucional, STC Exp. N° 2876-2005-PHC/TC, 2005, fundamento 23). Agrego además que “es indispensable que el juez canalice ante sí la mayor cantidad de elementos que le permitan arribar a una decisión fundada en derecho, esto es, concretizar el valor justicia al interior del proceso” (Tribunal Constitucional, STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, 2004, fundamento 4). Algo que debemos resaltar es lo mencionado por este Tribunal a través de la STC Exp. N° 6846-2006-PHC/TC donde menciona que “el principio de inmediación, contradicción y publicidad son el marco del contenido constitucionalmente reconocido del derecho a la prueba como parte sustantiva del derecho al debido proceso” (2006, fundamento 5). Siendo así que para este alto Tribunal la inmediación se constituye como un principio procesal de orden fundamental que otorga validez a toda actividad probatoria desarrollada en los procesos constitucionales; ergo, se encuentra relacionada íntimamente con los derechos fundamentales del debido proceso y, adicionalmente, a la tutela jurisdiccional efectiva.

3.5. Principio de Socialización del Proceso

El art VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil enuncia de la siguiente manera:

“Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica afecte el desarrollo o resultado del proceso.”

Recordemos que en los procesos constitucionales se repite el mismo escenario: el individuo vs El Estado o el individuo vs un ente colectivo privado. En ese supuesto, este principio promueve el rechazo a que los fallos que sean el resultado de la

influencia de la parte que tenga mayor poder económico o el más políticamente influyente. Por lo tanto, ningún elemento que no sea el derecho deberá servir para impartir justicia a favor de una o de la otra parte. Sin embargo, en pos de una socialización del proceso, se debe reivindicar el concepto de “igualdad ante la ley” por el de “igualdad jurídica”; en palabras de Germán Bidart (1963):

el trato igual a los desiguales se ha reputado con razón como la suprema injusticia; ya que la Ley bajo su carácter general, no logra distinguir entre realidades y soluciones distintas. (...) De ahí que sea más exacto hablar de igualdad jurídica. En rigor se trata de igualdad constitucional de las partes en el reparto de bienes y males en que consiste la justicia. En el orden de la realidad, la igualdad como consecuencia de la justicia se cumple mediante la prohibición de la arbitrariedad en ese mismo reparto dentro del régimen. (p. 159)

En ese contexto, podemos concluir que la socialización del proceso pretende que se democratice el proceso, a fin de que las partes tengan las mismas condiciones y que las que tenga una no se le debe negar a la otra. La igualdad de las partes ante el proceso constitucional debe significar que, en el proceso, las partes gozan de iguales oportunidades para el ejercicio de su derecho a la defensa, consecuentemente, no es aceptable la existencia de procedimientos privilegiados para la parte con mayor poder económico (Particular) o político (Estado).

Finalmente, el Tribunal Constitucional, ha manifestado lo siguiente respecto del principio de socialización del proceso a través de la STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, donde menciona que:

El principio de socialización consiste en el deber del juez de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes impidan la consecución de una decisión judicial que sea reflejo cabal de la objetividad del Derecho. En efecto, el principio de socialización procesal es una de las manifestaciones del tránsito del Estado Liberal hacia el Estado Social, de manera tal que la falacia formalista en virtud de la cual el principio de igualdad sólo adquiere plena vigencia con una conducta absolutamente pasiva y

contemplativa del Estado, sucumbe ante los principios del constitucionalismo social, según los cuales, ante los múltiples factores que pueden situar a las partes en una evidente situación de desigualdad, resulta imperativa la intervención judicial a efectos de tomar las medidas correctivas que aseguren un proceso justo. (2004, fundamento 5)

De esta manera es que, a entender del Tribunal Constitucional, el proceso de socialización del proceso conlleva la inclusión de la dimensión social del Estado Constitucional al proceso, entendiendo que la igualdad no se concretiza con el mero reconocimiento formal, sino que es necesaria la posibilidad fáctica de que los ciudadanos puedan disfrutar de tales derechos en la realidad.

3.6. Impulso Procesal de Oficio

El Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, menciona que:

“El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.”

Estamos, entonces, ante las facultades procesales que brinda la concretización del principio de dirección judicial, en consecuencia, podríamos afirmar que estamos ante un subprincipio procesal subyacente. Siguiendo lo mencionado por Juan Montero (1989): “La dirección formal de un proceso constitucional involucra, tanto las facultades de control de la regularidad formal o técnica de los actos procesales, como el deber de impulsar el proceso para que este se desarrolle pasando de una a otra fase del mismo” (p.93).

Siendo los procesos constitucionales de carácter público, el impulso procesal de oficio no hace más que consagrar la naturaleza o carácter absolutamente público mencionado, por cuanto los fines del proceso atañe a la sociedad en su conjunto. De allí que afirmar lo contrario, convertiría a los procesos constitucionales en una dinámica que compete exclusivamente a las partes en conflicto, y sus fines pasarían a ser “ius-privatista”. En cambio, ensamblar como fines la defensa de la Constitución y la vigencia de los derechos

fundamentales, supone la movilización de todo el aparato jurisdiccional del Estado en busca de la protección del orden jurídico fundamental (Eto, 2014, p. 599)

Para concluir, El Tribunal Constitucional ha desarrollado este principio en dos enfoques: Primero, como **responsabilidad** del juez, en la STC Exp. N° 0569-2003-AA/TC donde estipula que:

Se percibe en el derecho público como la responsabilidad de impulsar, dirigir y encauzar cualquier proceso o procedimiento sometido a su competencia funcional, hasta esclarecer o resolver las cuestiones involucradas, aun cuando se trate de casos generados o iniciados por un particular. (2003, fundamento 14)

Segundo, como **obligación** del juez, a través del pronunciamiento de la STC Exp. N° 9599-2005-PA/TC: “es aquella obligación impuesta al juez constitucional de continuar el proceso a través de la ejecución de todos los actos que lo conduzcan a prestar tutela jurisdiccional a los justiciables” (2005, fundamento 6).

3.7. La adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales

El cuarto párrafo del Art. III del Código Procesal Constitucional, establece lo siguiente: “*el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales*”, esto se entiende como la facultad/obligación del juez, en su calidad de intérprete de la Constitución, deben adecuar o adaptar las formalidades procesales a la finalidad pretendida por el proceso constitucional; en tal situación, incluso deben sacrificar algunos aspectos del contenido formal con miras a configurar una verdadera tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional se ha manifestado respecto de este “subprincipio” en la STC Exp. N° 0266-2002-AA/TC, de la siguiente manera:

Por otro lado, y en función de los principios que el Código Procesal Constitucional ha incorporado, debemos tener presente que el artículo III del

Título Preliminar establece que (...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Esta disposición impone a la jurisdicción ordinaria y a la constitucional exigir el cumplimiento de las formalidades sólo si con ello se logra una mejor protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, si tal exigencia comporta la desprotección de los derechos y, por ende, su vulneración irreparable, entonces las formalidades deben adecuarse o, de ser el caso, prescindirse, a fin de que los fines de los procesos constitucionales se realicen debidamente “principio de elasticidad”. (2002, fundamento 7)

3.8. La continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión

Ya para finalizar, el cuarto párrafo del Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional menciona que:

“Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.”

Esto se interpreta de manera concreta, que, a pesar de existir cierta duda, el Juez o Tribunal, debe optar por la continuidad del proceso, esto es, en rigor una forma positivizada del principio “*pro homine et libertatis*” como criterio de la interpretación de los derechos fundamentales. Este subprincipio encuentra su sustento en el supuesto que la parte afectada que postuló al proceso, que se pretende suspende o concluir, quedaría en un estado completo de indefensión; ergo, el presunto agresor resultaría victorioso. Resulta razonable que se pretenda llevar el proceso hasta su destino final, en la que se expida una resolución que defina si existió o no, una lesividad de los derechos fundamentales y se retrotraiga las cosas a un estado anterior a la afectación. Luego de este análisis, podemos concluir que este subprincipio se encuentra vinculado con principios como la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso.

Este principio fue definido por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera: *“impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo (...)”* (STC Exp. N° 2286-2005-PA/TC, 2005, fundamento 4); por ende, ante la duda, debe optarse por la continuación del proceso hasta su conclusión, que optar por la suspensión o extinción del mismo.

4. Legitimación

Para poder desarrollar la legitimación en el proceso de amparo, nos es preciso determinar el concepto procesal de la legitimación. Si bien es cierto podríamos mencionar “partes del proceso” ya que los términos "parte" y "legitimación" se encuentran relacionados, no por ello podemos suponer un concepto equivalente y con ello llevarlos a una confusión. Cordón (1979) considera que:

Mientras que el primero alude a un aspecto meramente procesal, el segundo trata de determinar quiénes son los sujetos idóneos para entablar un proceso de modo que la sentencia pueda producir frente a ellos sus efectos característicos, es decir, vincula a dichos sujetos con la relación jurídica sustancial deducida en el proceso permitiendo un pronunciamiento sobre el fondo y operando por tanto como un presupuesto procesal. (p.314)

En cualquier caso, consideramos atinado resaltar para el presente trabajo, la exquisita definición del profesor Ferrer Mac-Gregor (2002) que define la legitimación en los siguientes términos:

La legitimación en el orden procesal debe relacionarse con el concepto de acción y, por consiguiente, con sus sujetos activo y pasivo. Se configura como el reconocimiento que el Derecho hace a una persona de la posibilidad de ejercitar y mantener con eficacia una pretensión procesal determinada (legitimación activa), o de resistirse a ella eficazmente (legitimación pasiva). Nos referimos a la legitimación para obrar (legitimatio ad causam) que constituye un presupuesto o condición de fondo de la acción, y que no debe confundirse con la antigua terminología de la legitimación (legitimación ad processum) que es un presupuesto procesal. (p.170)

La citada definición de la legitimación ha sido asumida por el Tribunal Constitucional Peruano, a través de su STC Exp. N° 518-2004-AA/TC:

Existen dos clases de legitimación: legitimación *ad processum* o legitimación procesal, la cual se concibe como la “(...) aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro (...)” (Couture, Eduardo, “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, Editorial Depalma, Argentina, 1974, Págs. 379-380); y la legitimación *ad causam* o legitimación en la causa, que es “(...) la condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión(...)” (Ibid.). En otros términos, consiste en la autorización que la ley otorga a una persona para ser parte en un proceso determinado por su vinculación específica con el litigio. (2004, fundamento 9)

Por lo mencionado por el Tribunal Constitucional podemos concluir que la Legitimación *ad causam* está relacionada a la titularidad del derecho que se va a ventilar en el proceso; por otro lado, la Legitimidad *ad processum* estaría referida a las condiciones particulares que las partes deben ACREDITAR para comparecer ante un juicio, tales condiciones están vinculadas con la capacidad y la representación.

La Constitución establece en el Art. 139, inc. 14 que son “principios y derechos” de la función jurisdiccional: “*el principio del derecho de defensa en ningún estado del proceso*”. Bajo este marco conceptual, se infiere que el derecho constitucional de defensa supone que una “bilateralidad” se instaure en todo proceso. La bilateralidad presupone la existencia de dos partes, una que afirma la pretensión y la otra que la contradice. Sobre esto, anota Gozaíni (2004):

No caben dudas de que el amparo es un proceso contradictorio. La controversia se entabla entre un sujeto que plantea la amenaza o la lesión de sus derechos constitucionales, frente a una autoridad pública o un particular, que debe responder por el acto lesivo que produce. (p. 408)

Por todo lo expuesto podemos concluir que la legitimación es reconocimiento que brinda el derecho a las partes para ser partícipes en el proceso, a título personal o en representación de otros. Dentro del marco de la Constitución de 1993 de nuestro país, es notable la postura de bilateralidad del proceso judicial de nuestro país, ergo del proceso constitucional. La bilateralidad, en consecuencia, supone contradicción como concretización del derecho-principio de defensa en el proceso, siendo esta una característica que se hace extensiva al proceso de amparo.

4.1. Legitimación Activa en el Proceso de Amparo.

Para entender la Legitimación Activa en el Proceso de Amparo debemos partir desde lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional, esta figura se encuentra normada a través del art. 39 que menciona *“El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo”*. Por lo tanto, nos encontramos ante la legitimación *ad causam*, ya que es la misma persona quien ejerce tanto la acción como la que goza de la titularidad iusfundamental que se ha visto vulnerado.

Esta misma idea es plasmada por Ferrer Mac-Gregor (2002) que señala que:

La legitimación activa hace referencia a una determinada relación del sujeto con la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio. En el proceso de amparo, la legitimación activa consiste en la identidad de la persona del sujeto activo de la persona a la cual la ley concede el derecho de la acción constitucional. En otras palabras, se tendrá legitimación activa cuando un sujeto jurídico determinado (sujeto activo) se encuentre en la posición que fundamenta la titularidad de la acción. Así normalmente, tendrá legitimación activa quien sea titular de uno de los derechos fundamentales o libertades públicas a que se refiere el Art. 53. 2. De la CE. (p.170)

Mismo entender ha tenido el máximo intérprete de la Constitución Peruana, en el pronunciamiento de la STC Exp. N°6138-2006-PA/TC, el cual definió la Legitimidad Activa como:

La legitimidad activa -en un proceso constitucional- la ejerce el titular del derecho - legitimatio ad causam- es decir, corresponde -interponer la acción-

a quien es perjudicado o amenazado por el acto lesivo u omisión sea del particular o del funcionario público, que viola su derecho constitucional. (Cfr. Art. 39° del Código Procesal Constitucional). Salvo la procuración oficiosa a que se refiere el artículo 41 ° del mismo código. Y ello porque los derechos fundamentales son .1 personalísimos, indelegables e intransferibles, pues el acto violatorio solamente afecta al agraviado, de allí que carezca de legitimación quien no es el verdadero afectado en el derecho, con solo las excepciones previstas en la propia constitución o en la ley. (2006, fundamento 3)

Yendo incluso más allá y vinculando la legitimidad activa con el interés para obrar como condiciones de acción, el Tribunal se ha manifestado de la siguiente manera:

Que, en todo proceso, para que la relación jurídico procesal sea válida, es necesario que se cumpla con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Así, será necesario que en la etapa de calificación de la demanda se verifique la existencia de la capacidad procesal, la competencia y los requisitos de la demanda, componentes de los presupuestos procesales, así como la legitimidad procesal activa y el interés para obrar, componentes de las condiciones de la acción, a efectos de un íter procedimental válido que lleve a una sentencia de mérito. (STC Exp. N° 8108-2005-PA/TC, 2005, fundamento 3)

Ahora bien, la legitimación activa será reconocida en dos casos hipotéticos diferentes: la persona natural y la persona jurídica, supuestos que procederemos a analizar, no sin antes mencionar que, ante la falta de la legitimidad para obrar activa, la parte demandada tiene la posibilidad de deducir la excepción correspondiente.

4.1.1. Persona Natural:

Está legitimada para recurrir a un proceso de amparo, en primer lugar, una persona natural; aunque más específicamente debemos decir una persona humana. Luis Castillo (2008) menciona que: “no existe ninguna dificultad en reconocer como persona-y, por tanto, como sujeto de derecho- a todo individuo, hombre o mujer,

pertenciente desde un punto de vista biológico a la especie humana homo sapiens” (p. 23). Siendo entonces la persona natural y/o física el contenedor o recipiente de un amplio conjunto de derechos fundamentales, es obvio que gozará de legitimación para entablar una demanda de amparo si se ve afectado en el ejercicio de alguno de sus derechos constitucionalmente reconocidos. Lamentablemente, la legitimación de personas naturales, trae consigo unas ciertas dudas respecto de los extranjeros y del nasciturus.

En relación al nasciturus, abordaremos el tema únicamente desde la perspectiva formalista, intentando no ingresar a consideraciones éticas o axiológicas que podrían llevarnos a un análisis innecesario. Nuestro Código Civil en su art. 1 prescribe lo siguiente:

“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.”

Es evidente que el nasciturus es sujeto de derechos fundamentales que pueden ser objeto de un proceso de amparo, a través de algún representante.

En lo que respecta a los extranjeros, debemos acudir a los mencionado en el Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece:

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

La Declaración Universal en su art. 2 párrafo primero establece el derecho a un recurso efectivo, sin distinción alguna por su origen o nacionalidad. Por lo tanto, podemos afirmar que, en nuestro país, los extranjeros están legitimados tanto para acudir a un proceso como demandantes o ser demandados en vía de amparo.

4.1.1.1. Persona directamente afectada.

Basado en lo mencionado por el Art. 39 del Código Procesal Constitucional, “*el afectado es la persona legítima para interponer el proceso de amparo*”, podemos afirmar que tal disposición normativa refuerza el carácter inicialmente privatista del proceso de amparo que afirmamos anteriormente. Castro (2005) considera que:

Uno de los principios fundamentales del juicio de amparo es el principio de la iniciativa o instancia de parte agraviada. Considerando persona agraviada a aquella a quien perjudica el acto que se reclama, sufriendo una ofensa o daño en sus derechos o intereses legítimamente amparados en las normas objetivas de derecho. En tal virtud, para ser parte agraviada se requiere ser la persona a quien directamente se causa molestia consistente en privación de algún derecho, posesión o propiedad. (p. 24)

4.1.1.2. Representante de la persona afectada

Previamente mencionamos una distinción entre parte material y parte procesal, en este punto tendremos que desarrollar una distinción entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio como dimensiones del concepto que se le atribuye a “capacidad procesal”. Enrique Véscovi (2006) menciona que:

la capacidad de goce es la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercer los derechos. La capacidad de goce, que es como un atributo mismo de la personalidad, pertenecerá a todas las personas. Y en relación a la capacidad de ejercicio, habrá personas capaces e incapaces para litigar. Precisamente, aquellas personas que no cuentan con capacidad de ejercicio, actuarán a través de representantes. Aunque esta es una consideración del estudio de la teoría del proceso en general, es aplicable en el proceso constitucional. (p. 160)

Nuestro propio Código Procesal Constitucional a través de su art. 40 establece supuestos de representación procesal de la persona afectada:

“El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada.

Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos”

Por su parte, el Tribunal Constitucional no es ajeno a la representación procesal de una persona natural, veamos la clasificación que el máximo intérprete constitucional ha realizado en la STC Exp. N° 518-2004-AA/TC, respecto de la representación:

La persona natural puede accionar por sí misma, o mediante la representación legal, convencional o judicial. En el caso de la representación legal, los que carecen de la capacidad de ejercicio son sustituidos en el ejercicio del derecho de acción (tales los casos de los padres, respecto de sus hijos menores, y aun los de los que están por nacer, en ejercicio de la patria potestad; de los tutores, respecto de los menores no sometidos a la patria potestad; o de los curadores, respecto de los mayores de edad sometidos a interdicción). Asimismo, el artículo 45° del Código Civil dispone que los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela. Como bien expresa Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena “[El negocio jurídico. Edit. Studium, Lima, 1986, Pág. 128] el ordenamiento jurídico confiere dicha representación a determinadas personas que por una posición familiar o por un cargo u oficio, actúan en nombre de otras que están incapacitadas o imposibilitadas para asumir derechos u obligaciones con su actuación directa.

En el caso de la representación convencional, la sustitución proviene de la libre determinación del representado; vale decir, se otorga a través de un

contrato por el cual una persona encarga a otra, que acepta, la realización a favor de aquél de determinados actos jurídicos.

Respecto a la representación judicial, la sustitución emana del otorgamiento de facultades a un tercero para llevar a cabo la interposición de una demanda, así como los demás actos procesales derivados de aquélla.

(2004, fundamento 10)

4.1.1.3. Apoderado de la persona afectada

Es un supuesto de representación convencional a través de la cual por el cual una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta del mandante.

4.1.1.4. Tercera Persona en nombre de la persona afectada

Respecto a terceras personas, el Código Procesal Constitucional prescribe que es posible la intervención de terceros en el proceso a través de la procuración oficiosa, mencionada en el art. 41 que citamos a continuación:

“Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso”.

Del artículo analizado se puede resaltar que, para el caso de proceso de amparo, la procuración oficiosa debe cumplir dos requisitos: primeramente, la persona afectada debe estar imposibilitada para interponer la demanda a cuenta propia y segundo, la persona afectada debe ratificar la demanda que hicieron en su nombre. Situación muy diferente a la procuración oficiosa en un proceso de Habeas Corpus (C.P. Const. Art. 26)

4.1.2. Persona Jurídica

La Constitución de 1993 ha eliminado el Artículo 3 de su predecesora, la Constitución de 1979, que prescribía lo siguiente:

Artículo 3. *Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables.*

De forma expresa, reconocía titularidad en materia de derechos fundamentales a las personas jurídicas y por ende las legitimaba para interponer demandas en procesos constitucionales. De ahí que se plantee la interrogante respecto a si tales sujetos se encontrarían legitimados para interponer una demanda de amparo conforme a la constitución vigente; puesto que reconocer tal atribución a las personas jurídicas “crearía una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras y, supone, además ampliar el círculo de la eficiencia de los mismo más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social” (Gómez, 2001, p. 125). Es decir, brindándole titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, también le reconocería muchas potestades a las mismas: tanto en dimensión positiva, deberes de favorecimiento del Estado Social; como en la dimensión negativa, limitando toda forma de restricción estadual.

Samuel Abad (2008) tiene la opinión de que:

Las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales por las siguientes razones: 1. La constitución reconoce algunos puntuales derechos a las personas jurídicas, por ejemplo, la imposibilidad de disolución administrativa o la propiedad; y, 2. La Ley puede permitir que las personas jurídicas interpongan la demanda a favor de las personas que la integran. (p. 139)

Siguiendo el pensamiento de Samuel Abad, Pedro Cruz (1992) menciona que: “la titularidad de derechos por personas jurídicas no puede afirmarse ni negarse, en

forma generalizada. Más bien es de tenerse en cuenta, tanto la especial característica del derecho fundamental correspondiente, así como la naturaleza de la persona jurídica de que se trate” (p. 73). En palabras simples, reafirma la factibilidad de goce y ejercicio de derechos fundamentales a las personas jurídicas en lo que les sea aplicable y conforme al caso en concreto. Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que existen dos criterios que permiten justificar la atribución de derechos a personas jurídicas (aunque no exista una base constitucional directa para tal afirmación) por lo tanto podríamos considerar como una norma adscrita constitucional. Estos criterios fueron asumidos por el Tribunal Constitucional y plasmados en la STC Exp. N° 4972-2006-PA/TC, son:

En el plano constitucional, por otra parte, existen a juicio de este Colegiado dos criterios esenciales que permiten justificar dicha premisa:

- a) La necesidad de garantizar el antes citado derecho a la participación de toda persona en forma individual o asociada en la vida de la nación; y
- b) La necesidad de que el principio del Estado democrático de derecho e, incluso, el de dignidad de la persona, permitan considerar un derecho al reconocimiento y tutela jurídica en el orden constitucional de las personas jurídicas.

(2006, fundamento 9)

Autores como Sagüés, Lazzarini, Gimeno Sendra, y Oliver Araujo consideran que se les deberá reconocer derechos fundamentales a personas jurídicas cuando aquéllas actúan en relaciones de derecho privado y no soberanamente; es decir que regulen su actividad por derecho privado, lo cual determinaría que la persona jurídica se encuentre en condiciones similares a las que un particular, en ese supuesto no habría razón para negarles acudir al proceso de Amparo. A nuestro entender, no existe asidero normativo para restringir la legitimación a personas jurídicas únicamente por que estas operen en el sector privado o sector público.

4.1.2.1. Representante de la entidad afectada

Este punto deberemos dividir las entidades como personas jurídicas de dos naturalezas diferentes; personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado. Al respecto de las personas jurídicas del derecho público, nos referiremos a lo mencionado por el Código Procesal Constitucional en su Art. 7, que establece la representación del Estado de la siguiente manera:

“La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Además, debe notificarse con ella a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso. Aun cuando no se apersonarán, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso.

Las instituciones públicas con rango constitucional actuarán directamente, sin la intervención del Procurador Público. Del mismo modo, actuarán directamente las entidades que tengan personería jurídica propia.

El Procurador Público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado.

Si el demandante conoce, antes de demandar o durante el proceso, que el funcionario contra quien dirige la demanda ya no ocupa tal cargo, puede solicitar al Juez que este no sea emplazado con la demanda.”

Respecto de la representación de las personas jurídicas de derecho privado, el Tribunal Constitucional ha emitido la STC Exp. 518-2004-AA/TC respecto de quienes son las personas idóneas para representarlas procesalmente:

En cuanto a las personas jurídicas, éstas son representadas procesalmente por los gerentes o los administradores de las sociedades mercantiles o civiles, quienes gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal por el solo mérito de serlo.

Así el artículo 1° de la Ley N° 26539, expresamente prescribe que “El Gerente o Administrador, según el caso, de sociedades mercantiles o civiles, goza de las facultades generales y especiales de representación procesal señalada en los artículos 74 y 75 del Decreto Legislativo N° 768, Código Procesal Civil, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación estatutaria en contrario o limitación impuesta mediante acuerdo en Junta General de Accionistas o Socios”.

De modo que, para ejercer la representación procesal mencionada, bastará la presentación de la copia notarialmente certificada del documento donde conste el nombramiento debidamente inscrito, conforme a los dispositivos legales vigentes. (2004, fundamento 10)

4.1.3. Legitimación Pública

Otro supuesto vinculado a la legitimación activa es la “legitimación pública” otorgada en nuestro caso a la Defensoría del Pueblo. La Defensoría del Pueblo es una institución positiva introducida por la Constitución de 1993 a través de los artículos 161 y 162. Ha sido configurada como un órgano autónomo distinto del Ministerio Público, al que le corresponden tres funciones básicas:

- a) Defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad;
- b) Supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal; y
- c) Supervisar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Desarrollando sus atribuciones constitucionales, la ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, publicada el 8 de agosto de 1995, concede legitimación activa al defensor del pueblo para interponer entre acciones de garantía constitucional, como es la acción de Amparo; tal como el Art. 9, inciso 2 hace mención que citamos a continuación:

2.- Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley a que se refiere el inciso 4) del Artículo 200 de la Constitución Política, asimismo, para interponer la Acción de

Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Hábeas Data, la de Acción Popular y la Acción de Cumplimiento, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad. Asimismo, está capacitado o facultado para intervenir en los procesos de Hábeas Corpus, para coadyuvar a la defensa del perjudicado.

Cabe resaltar, que la Defensoría del Pueblo es el único supuesto de legitimación extraordinaria en el amparo establecido por nuestro ordenamiento procesal constitucional. Así, el Código Procesal Constitucional ha prescrito a través del último párrafo del Art. 40 lo siguiente: “*La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de Amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales*”.

4.1.3.1. Legitimación Activa en los Intereses Difusos.

Nuestra sociedad contemporánea se caracteriza por lo que algunos autores denominan “masificación”, que no es nada más que la despersonalización de las relaciones humanas. La producción y la contratación en masa son situaciones comunes en nuestra sociedad, a ello agregarle el desarrollo informático que, aunque brindan facilidades también flexibilizan la duración de tales vínculos. No es nuestra intención realizar una descripción absoluta o definitiva acerca de los problemas que acontecen en nuestra sociedad o de su necesaria vinculación con el derecho, sino describir algunas circunstancias que se han presentado consecuencia del mencionado desarrollo (Priori, 1997).

A nuestro entender, sobresale un “común denominador” en los conflictos antes descritos y es la afectación simultánea de un número significativo de personas, lo cual ha determinado que la concepción de “conflicto bilateral” clásico es insuficiente, para admitir la intervención de nuevos protagonistas desde víctimas de accidentes, consumidores o colindantes con un interés particular en la protección del medio ambiente, patrimonio cultural, etc. Podemos afirmar que al igual que los valores que el ordenamiento jurídico considera dignos de tutela se han masificado, los actos que vulneran estos mismo han evolucionado analógicamente; a eso agregarle que mientras que existan las relaciones “en masa” también se pueden vulnerar intereses

“en masa”; inclusive intereses de personas que muchas veces no están identificados plenamente.

Vivimos entonces en una época de crisis de la subjetividad que constituye característica de los que se ha denominado “posmodernidad”, mostrando a un “sujeto débil” frente al “sujeto fuerte” que caracteriza a la “modernidad”. De esta manera,

la percepción de la realidad se hace en superficie, donde todo se parece difuso, supeditado a comportamientos pragmáticos, sin preocuparse por justificaciones teóricas, filosóficas. Se ha perdido interés por concepciones globales, acerca del mundo o del hombre, cuya naturaleza no valdría la pena profundizar. (Chaumet Y Menicocci, 2000, p. 54)

Es en este contexto que se comienza a hablar de derechos de incidencia colectiva.

4.1.3.2. Derechos de Incidencia Colectiva

Antes de analizar las principales características de los “derechos de incidencia colectiva” o también denominados “derechos supraindividuales”, debemos resaltar la falta completa en homogeneidad terminológica para identificar los citados fenómenos; la doctrina ha usado términos como: intereses difusos, derechos colectivos, derechos de incidencia colectiva, supraindividuales, superindividuales, metaindividuales, multindividuales, pluriindividuales, transindividuales, etc. Entre otros (Apolín, 2012).

Conforme al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004, a través de su artículo primero que citamos a continuación:

“Ámbito de aplicación de la acción colectiva - La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

1.- intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

II.- intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.”

De esta manera, nosotros preferimos utilizar la denominación utilizada por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el cual desarrolla tres tipos de derechos supraindividuales: a) derechos difusos; b) derechos colectivos; y, c) derechos individuales homogéneos. A continuación, analizaremos cada uno de ellos:

4.1.3.2.1. Derechos Difusos

Primeramente, para el estudio de estas figuras nos es necesario establecer una diferencia entre interés y derecho. La noción de interés se “refiere a las necesidades que deben satisfacer los hombres para poder vivir; los sujetos o grupos satisfacen esas necesidades mediante bienes” (Rocco, 1976, p. 16). De esta forma, la noción de interés “se entiende como la relación de tensión entre un sujeto o grupo que tiene necesidades y el bien apto para satisfacerlas” (Breccia, 1992, p. 339). Carnelutti (1944) menciona que “es justo en este escenario donde el derecho toma relevancia reconociendo de forma general determinados intereses en lugar de otros y otorgándoles protección con prioridad a otros que se consideren menos prevalentes” (p.16).

Por nuestra parte, coincidimos con Pellegrini (1988) en considerar que:

los intereses difusos son aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que más bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc. (p. 2328)

Se trata pues, de necesidades comunes en un conjunto indeterminado de individuos y que solamente puede ser satisfecha en una perspectiva comunitaria. Ergo, el concepto de interés difuso tiene su esencia en el hecho de pertenecer a un conjunto indeterminado de sujetos, de manera tal que cualquier afectación al derecho que

corresponde a ese interés se entenderá como una afectación al grupo. Es justamente la imposibilidad de determinar el alcance del conjunto/grupo social afectado es lo que brinda la característica de “difuso” a este tipo de intereses.

Algunos autores como Gozaini (2005) son de la opinión de que: “ antes de hablar de intereses difusos, resulta más conveniente referirse a ‘derechos difusos’, en vía de brindarles una adecuada construcción técnica que permita superar la eficacia moral o declarativa de los enunciados teóricos”(p. 130); ya que una de los principales obstáculos que se tiene para afrontar la construcción teórica de lo que entendemos como intereses difusos reside en la dificultad de encajar los mismos dentro de la rigidez conceptual del “derecho subjetivo”. Ahora bien, si hablamos sobre la legitimación en general, desde el punto de vista procesal, existirá una especie de “co-legitimación” de los titulares del derecho difuso, al momento en que se opte por interponer una demanda para la protección del interés difuso. Apolín, (2012) considera que:

el fenómeno de la ‘co-legitimación’ que recae en el grupo indeterminado de personas, tendrá importantes repercusiones al interior del proceso, generando que las clásicas instituciones procesales se adapten a este fenómeno, por ejemplo: la sentencia que se pronuncie sobre el derecho difuso, podrá tener eficacia *ultra partes*, *secundum eventum litis* o exclusivamente *inter partes*. (p. 187)

El medio ambiente, en ese sentido, se presenta como un bien del que todos los sujetos disfrutan; es por ello que la contaminación del medio ambiente afecta a un conjunto de sujetos, sin que sea posible determinar quiénes son sus titulares o cual es la naturaleza del “bien necesario” para que el mencionado grupo (indeterminado) pueda satisfacer sus necesidades. Arrarte (1994) resalta que: “esta consideración de ‘no determinabilidad’ no implica que nos hallemos frente a un interés/derecho débil o abstracto, todo lo contrario, nos hallamos frente a un interés concreto, pleno; que, en consecuencia, es merecedor de tutela” (p. 123). Continuando con el ejemplo anterior, ya que nos encontramos ante un bien de naturaleza indivisible (Medio Ambiente) su afectación implica necesariamente la afectación a todo el grupo. En

ese orden de ideas, en lo que respecta a la sentencia que pudiera dictarse, declarando fundada la demanda, afectará a todos por igual de manera “indivisible”.

Esta figura de por sí compleja, tiene varios aspectos problemáticos. Estos problemas podríamos diferenciarlos en dos grupos: problemas prácticos y problemas procesales. Respecto de los primeros, Cabrera (1993) afirma:

Se pueden identificar dos: i) la naturaleza vaga, demasiado abstracta y general de las leyes que regulan estos intereses; y ii) la tendencia a la globalización: al romperse los niveles de autoridad se crean inevitables problemas jurisdiccionales, específicamente sobre la competencia de los jueces por materia de territorio y soberanía. (p. 228)

En relación con los problemas procesales, Osvaldo Gozaini (2005) menciona que “estos no tienen un titular efectivo, sino varios que tienen, algo así, como cuotas indeterminadas del interés que persiguen” (p. 141). De ahí nuestro comentario precedente sobre una supuesta “co-legitimidad”. A su vez, Lucio Cabrera (1993) especifica 4 principales problemas procesales producto de los derechos difusos:

i) legitimación o interés para actuar en juicio; ii) el que el juez pueda asumir funciones de suplencia; iii) el que la sentencia afecte a persona ubicadas en posición idéntica o semejante al actor y/o demandado; y iv) permitir que se exijan daños y perjuicios con base en el principio del daño causado. (p. 229)

Ahora bien, apartándonos un poco de la doctrina y yendo a nuestro derecho interno, la constitución de 1993 ha estipulado una variedad de intereses/derechos difusos en su normativa, así tenemos: el Art. 7 que reconoce la promoción y defensa de la comunidad así como derecho a la salud; el Art. 10 trata acerca del derecho a la seguridad social; el Art 2 inc. 22 y Art. 67 estipulan respeto del goce de un ambiente equilibrado y adecuado desarrollo de la vida; Art. 21 menciona sobre el patrimonio cultural de la nación; Art. 65 es acerca de la defensa de los consumidores y usuarios; el Art. 66 sobre los recursos naturales como patrimonio de la nación; el Art. 68 estipula sobre conservación de áreas naturales protegidas; etc.

A nivel legislativo, nos encontramos con normas concretas que dan fe de esta temática, comenzando por el Código Procesal Civil en su Art. 82, que desarrolla los derechos difusos en los siguientes términos:

“Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que, según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso de que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la

demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.”

En materia ambiental, el Art. 143 de la Ley 28611 La Ley General del Ambiente, prescribe lo siguiente:

“Cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente ley, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental, de conformidad con lo establecido en el art. III del Código Procesal Civil”

Finalmente, en el ámbito administrativo, señala la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, en su Art. 12 que:

“Cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso, tendrán legitimidad para iniciar el proceso contencioso administrativo;

- 1. El ministerio público, en estos casos actúa como parte*
- 2. El defensor del pueblo*
- 3. Cualquier persona natural o jurídica”.*

Es un muy amplio y, algo desordenado, stock de normas que desarrollan este fenómeno. De nuestra consideración, coincidimos con Gozaini en que el amparo resulta ser la vía idónea en caso se pretenda impedir el acceso a cualquier persona a preservar algún interés difuso. Es más, nuestro Código Procesal Constitucional resulta claro y contundente lo prescrito en su art. 40, último párrafo: *“puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”.*

4.1.3.2.2. Derechos Colectivos

Vinculado al concepto de intereses difusos, se encuentra los derechos colectivos; aunque presentan muchas similitudes, no pueden considerarse como sinónimos. María C. Ucín (2005) señala que:

Los derechos colectivos son aquellos derechos que pertenecen a una clase o categoría de personas (puede pensarse también en un grupo social, incluso en los derechos de las minorías), que sí están ligadas por una relación jurídica de alteridad. Pueden ubicarse en esta sección los derechos prestacionales de propios del Estado Social de Derecho que en principio tienen reconocimiento ligados a la pertenencia a un grupo social determinado (trabajadores en general o de determinado rubro en particular). (p. 148)

Es decir, los derechos colectivos serán aquellos que corresponden a un número determinado o determinable de personas, entre las cuales existe un vínculo jurídico o una relación jurídica base. Mismo pensamiento tiene el Hermes Zaneti (2003) puesto que incluso menciona la existencia de una relación jurídica base en la '*affectio societatis*' en su definición de derechos colectivos:

Derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas (indeterminadas, pero determinables, subrayase como grupo, categoría o clase) vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base. En ese particular cabe resaltar que esa relación jurídica base puede darse entre los miembros del grupo "*affectio societatis*" o por su vinculación con la parte contraria. (p. 47)

El profesor Lorenzo Mateo Bujosa (1995) menciona que los derechos colectivos presentan tres componentes que lo determinan como interés colectivo:

Primer Componente: El objetivo y que se presenta como un bien que le corresponde o que necesitan el grupo para su ejercicio y disfrute del bien. Este elemento objetivo es el que genera un interés grupal y son bienes que no son pasibles de "apropiados" en términos exclusivos por un grupo individual:

se trata de un bien que es común denominador de un grupo indeterminado, pero finito de personas;

Segundo Componente: El elemento subjetivo, en el entendido aquí que en este derecho colectivo se presenta el interés de una titularidad específica o individualizada. No hay aquí un rostro que identifique el interés colectivo-puede haber, digamos un “dirigente” o una persona que representa la legitimidad procesal-, pero de lo que se trata aquí es que los derechos colectivos no admiten el beneficio de un sector, en el grupo o colectivo, existe una conciencia del colectivo o del grupo que lucha, clama, reclama ese objetivo que es el común denominador de todos: algún derecho supraindividual que identifica a todos;

Tercer Componente: El normativo y que consiste en que depende la existencia o no del reconocimiento en cada sistema jurídico del proceso judicial que resulte ser la vía idónea para residencia o postular una pretensión colectiva. (p. 69)

Varios autores han propuesto diferenciar los intereses difusos de los colectivos desde diferentes perspectivas. El maestro Osvaldo Gozaini (2005) menciona que:

El interés común se repite y es coincidente con el conjunto, mientras que el colectivo es de todos y de los demás componentes del área donde se desenvuelven. El primero supone que cada miembro del grupo tiene un interés igual o muy similar al resto, pero no impide que cada uno de ellos pueda intentar aisladamente satisfacciones personales; el colectivo, en cambio, restringe las posibilidades de la pretensión: solo puede reclamar el interés en la medida que se aproveche a todos por la necesaria interdependencia que el grupo auspicia. (p.134)

Por su parte, José Ovalle (2003) menciona que:

Hay dos características comunes en los dos tipos de intereses: su transindividualidad y su naturaleza indivisible. Estas dos características significan, de acuerdo a Barbosa Moreira, que los interesados hallan siempre

una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión de la entera comunidad. También presuponen que la solución de los conflictos en los que manifiesten este tipo de intereses debe ser la misma que todas las personas que integran la comunidad. (p. 587)

Sin embargo, quien a nuestro entender hace una mejor distinción entre derecho colectivos y derechos difusos acorde a nuestro trabajo es el maestro Gerardo Eto (2018), citando a renombrados maestros, resalta una delgada línea que marca la diferenciación de ambos conceptos:

- a) En los derechos colectivos, existe igualmente un número indeterminado de personas, pero es un conjunto finito; esto es, siempre habrá un guarismo de cuantos son lo que atraviesan un problema común.
- b) Por otro lado, no todas las personas necesariamente están identificadas, se sabe que existe un grupo o colectivo que están siendo afectados por algún acto lesivo que puede ser de distinta naturaleza: de una resolución administrativa, legal, judicial, de acto de gobierno; lo propio puede ser de intereses no públicos, pero que atañen a un interés público.
- c) Ferrer Mac Gregor (2014) deslinda la utilización de los sustantivos “derechos” o “intereses”: “Los primeros suponen la existencia efectivamente de un derechos porque existe el reconocimiento normológico o legal o infra-legal a favor de un titular; y, por tanto, existe un deber u obligación de respetarlo; en cambio, en los “intereses” colectivos, esta utilización resulta ser más ambigua pues, a pesar que no presenta un sustento normativo que respalde una obligación del sujeto a quien corresponde otorgar tal “interés”, ello no impide que exista una correlativa exigibilidad en favor del afectado. Subyace aquí una actitud reaccional del colectivo o grupo que reclama la solución de un hecho gravoso o daño y que afecta el interés de un común sector poblacional” (p. 256).

d) En los derechos o intereses colectivos, existe similitud con los derechos o intereses difusos, en tanto pertenencia a un universo de personas como un todo; ello permite a ambos sectores –los colectivos o difusos – reaccionar ante contingencias o eventos que afectan al universo poblacional. Todos aspiran a una restitución y cese del acto lesivo.

e) “El género de los derechos o intereses tanto “difusos” como “colectivos” no es equivalente a los derechos individuales homogéneos, pues estos “solo protegen derechos particulares y divisibles, especialmente mediante acciones colectivas pero relacionados con daños individuales” (Trom, 2014, p. 540).

(p. 84)

En conclusión, sobre los elementos de los derechos colectivos, podemos afirmar que la titularidad de estos derechos recae en un grupo humano; mientras el contenido de estos derechos responde a intereses (colectivos o individuales) sobre una finalidad determinada; la titularidad mencionada puede recaer en una multiplicidad de grupos cuyos integrantes se encuentran vinculados; estos pueden ser la familia, el pueblo, la nación, colectividades regionales, étnicas, etc. Lamentablemente, no todo es tan sencillo y la particularidad de este fenómeno es también la complejidad y debilidad de este. es posible que más de un legitimado decida iniciar procesos independientes y, de no realizarse una acumulación de los procesos, podrían emitirse sentencias contradictorias. En otras palabras, la propia legitimación extraordinaria otorgada para facilitar el acceso a la jurisdicción determina que los legitimados puedan formular “pretensiones individuales independientes”.

4.1.3.2.3. Derechos individuales homogéneos

Aquí estamos ante un mismo común denominador: se trata de una figura que cuenta con un conglomerado de personas que tienen una afectación por un acto que les genera un agravio que puede igualmente tener, un contenido constitucional o se run problema de un derecho fundamental regulado en la legislación ordinaria. Sin embargo, para notar las diferencias con los anteriores derechos de incidencia

colectiva, deberemos partir desde el concepto desarrollado por el Art. 81 del Código de Defensa del Consumidor Brasileño que nos dice lo siguiente:

“Son aquellos que siendo de carácter individual tienen, sin embargo, un origen común. Estos intereses individuales son tratados colectivamente en virtud del origen común y pueden ser reclamados judicialmente por medio de una acción colectiva, para obtener la reparación de los daños sufridos individualmente por los consumidores. En este caso, cada miembro del grupo es titular de un interés individual, divisible por naturaleza, tanto que cada uno puede presentar su propia demanda a título personal”.

El Código Modelo Iberoamericano, también desarrolla este tipo de derechos, a través de su Art. 2, primer párrafo, donde exige dos requisitos para que los derechos individuales homogéneos procedan conforme a ley: 1) el predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales; y 2) la utilidad de la tutela colectiva (o superioridad sobre vías tradicionales como la intervención de terceros, litisconsorcio, etc.).

Para Hermes Zanetti (2006) el Código Brasileño de Defensa del Consumidor:

Conceptúa los derechos individuales homogéneos como aquellos resultantes de origen común, o sea, los derechos nacidos en consecuencia de la propia lesión o amenaza de lesión, donde la relación jurídica entre las partes es post factum (hecho nocivo). Asimismo, debemos señalar que el ‘origen común’ se refiere a la procedencia y al nacimiento de la conducta lesiva realizada por la parte contraria. Además, que dicha conducta no necesariamente es única ni que la misma se da en un solo lapso de tiempo. (p.630)

Ahora bien, en relación con el “origen común” mencionado en la definición de derechos individuales homogéneos, Gidi (2004) nos menciona que:

El origen común es correlativo a la más amplia pero más precisa noción de “cuestión común de derecho o de hecho” (common question of law or fact) utilizada en el derecho norteamericano. Es crucial a este concepto de “origen común” que los derechos individuales tengan la misma o semejante causa a

pedir. Esto es lo que define a los derechos individuales como “homogéneos” y permite que se les dé un trato y una sentencia uniformes. Los derechos o pretensiones continúan – sin embargo – siendo solamente una colección de derechos individuales personales separados (derechos subjetivos) individualmente apropiados por cada miembro del grupo. (p. 62)

Por su parte, el profesor Montero Aroca (1994) menciona que: “los derechos individuales homogéneos no son más que una suma de conflictos individuales que se refleja procesalmente en el fenómeno de la acumulación” (p. 62); y, por lo tanto, “la acumulación de pretensiones constituiría un mecanismo ya existente para la protección de los derechos individuales homogéneos” (Gutiérrez de Cabiedes, 1999, p.484).

Sin embargo, la acumulación de pretensiones no resuelve el problema de acceso a la jurisdicción para la protección de los derechos individuales homogéneos. Apolín (2012) considera los siguientes motivos:

i) la existencia de un elevado número de personas; ii) que deba existir un predominio de las cuestiones comunes frente a las individuales, es decir, que las cuestiones conexas u homogéneas sean predominantes a la hora de resolver el conflicto; y iii) que pueda demostrarse la utilidad del tratamiento diferenciado para resolver el conflicto, ya que de lo contrario podría utilizarse este tipo de procesos de manera abusiva, sin que exista una razón (juicio de necesidad) que justifique el inicio de un proceso de naturaleza excepcional. (p.189)

Estos serían, prima facie, los motivos por lo que se requiere de una tutela diferenciada que permita proteger de manera adecuada estos derechos.

Adicionalmente, este tratamiento deberá permitir que los derechos individuales puedan ser satisfechos sin que sea necesario que la totalidad de los titulares de los derechos individuales se hayan apersonado al proceso o inclusive sin que dichos titulares sean plenamente identificados al inicio de este. Así, un sujeto podría estar legitimado para actuar a favor del conjunto determinado o por lo menos

determinable de personas, a fin de obtener una sentencia que satisfaga el interés individual de los miembros del grupo.

A modo de conclusión, los derechos individuales homogéneos hacen referencia a derechos subjetivos ontológicamente individuales y a la divisibilidad del bien jurídico entre la comunidad de afectados, pero se tratan colectivamente porque tienen por origen común la conducta de la parte contraria. Entonces la homogeneidad está definida por dicho origen común.

4.1.3.3. Derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia del TC

Previamente, respecto de la postura del Tribunal Constitucional, debemos mencionar que el máximo interpreta de la constitución ha determinado que tanto la constitución y el ordenamiento jurídico nacional es un auténtico interés difuso y como tal, se promueve su defensa y tutela. Así lo menciona en el STC Exp. N° 0736-2007-PA/TC:

Que en el caso, es aplicable el artículo 38 de la Constitución, que establece que es deber de todos los peruanos honrar al Perú y proteger los intereses nacionales, así como respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación; y, por lo tanto, se trata de un interés difuso cuya titularidad corresponde a la población en su conjunto, de acuerdo con el artículo 82 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, conforme a los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (2007, fundamento 6)

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha emitido diferentes pronunciamientos respecto el contenido y la tutela de los derechos de incidencia colectiva. Al respecto de los Intereses difusos, el Tribunal se pronunció en la STC Exp. N° 05270-2005-PA/TC en la cual ha acogido una doble legitimación: una colectiva y otra institucional, conforme a lo desarrollado en el Código Procesal Constitucional:

Que como se aprecia el CPConst. acoge un tipo de legitimidad colectiva o especial en cuanto permite que cualquier persona pueda accionar judicialmente a fin de tutelar el ambiente. Ello implica que la persona que

gestiona e interpone la demanda puede formar parte de la comunidad que se ve afectada de manera inmediata o ser un sujeto ajeno a tal comunidad. Adicionalmente incluye una legitimidad institucional que faculta a las asociaciones sin fines de lucro que desarrollen actividad relativa a la temática (v.g. asociaciones ambientalistas) para que puedan actuar en defensa de la comunidad. Desde luego esta última puede integrarse con el artículo 82° del CPC, de tal forma que se incluya al Ministerio Público y a los Gobiernos Locales o Regionales cuando la amenaza o el daño al ambiente se produzca dentro de los ámbitos de su competencia. En suma, estas disposiciones, amplían el ámbito de protección de tal derecho al extender o ampliar la legitimidad de las personas facultadas para iniciar procesos judiciales en su defensa. (2005, fundamento 11)

Por un lado, en lo tocante a la relación entre intereses difusos e intereses colectivos; en la STC Exp. N° 04878-2008-AA/TC, Caso Viuda de Mariátegui e Hijos S.A., el Tribunal Constitucional (parafraseando a Ferrer Mac-Gregor) ha desarrollado jurisprudencialmente los tres diferentes derechos de incidencia colectiva antes mencionados de la siguiente manera:

Sobre los derechos difusos y derechos colectivos (derechos supraindividuales) Ferrer Mac-Gregor señala:

"(ambos tipos de derechos) comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos. Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables. Parte de la doctrina y la legislación

brasileña (...) los identifican según sus titulares se encuentran ligados por circunstancias de hechos (intereses difusos) o bien si pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria debido a una relación jurídica base (intereses colectivos)".

El mismo autor menciona como un ejemplo de tutela de derechos difusos el caso de la contaminación ambiental del aire o del agua derivados de desechos arrojados por una fábrica, y como un ejemplo de derechos colectivos los problemas de la falta de higiene o de seguridad en una determinada fábrica o escuela. La posibilidad de acudir a los procesos constitucionales para la protección de los derechos difusos y colectivos ha quedado establecida en el artículo 40° del Código Procesal Constitucional, referido a la legitimación activa en los procesos de amparo, y en el artículo 67°, referido a la legitimación activa en los procesos de cumplimiento.

En estos supuestos, la presentación de la demanda puede ser llevada a cabo por una persona o un grupo de personas, afectadas en sus derechos difusos o como integrantes del grupo que se ve afectado en sus derechos colectivos. La sentencia respectiva surtirá efectos respecto de "todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en una posición idéntica al que ejerció la acción correspondiente". Los efectos de la decisión, por lo tanto, vas más allá de la persona o grupo que presentó la demanda.

Respecto a los actos individuales homogéneos (derechos pluri individuales) Ferrer Mac-Gregor señala: "los derechos individuales homogéneos se distinguen de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos), en que aquellos son auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. La tutela colectiva de los derechos esencialmente individuales descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos

personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante".

En este supuesto (actos individuales homogéneos), cada persona afectada en sus derechos en forma individual puede presentar la demanda respectiva. Los efectos de la sentencia alcanzan únicamente a la persona que presentó la demanda. Sin embargo, como ha sido explicado anteriormente, el Tribunal Constitucional ha considerado que en determinados casos los efectos de la decisión sobre un caso particular pueden extenderse a otras personas en similar situación, previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un estado de cosas inconstitucional.

Tomando como premisas las definiciones propuestas por la doctrina sobre estos temas, se puede concluir que la represión de actos lesivos homogéneos puede ser invocada de la siguiente forma:

- Por cualquier persona en el caso de los derechos difusos.
- Por cualquier integrante del grupo en el caso de los derechos colectivos.
- Por cualquier persona que se encuentre en una situación igual a la considerada como un estado de cosas inconstitucional, en el caso de los derechos individuales homogéneos.

En consecuencia, a efectos de evaluar el primer criterio subjetivo para determinar cuándo se está frente a un acto lesivo homogéneo, se deberá considerar si éste afecta a la misma persona que presentó la demanda original que dio lugar al proceso constitucional y a la respectiva sentencia previa, siendo necesario estar atento a las particularidades que podrían presentarse en el caso de los derechos difusos, derechos colectivos y derechos individuales homogéneos.

(2008, fundamentos 30-35)

4.2. Legitimidad Pasiva en el Proceso de Amparo

Tanto la Constitución Política del 1993 como el Código Procesal Constitucional delimitan indubitablemente el concepto de legitimidad pasiva en los procesos de amparo. Conforme a la Constitución Política, en el Título V de Las Garantías Constitucionales, Art. 200 inc. 2 menciona que:

“Artículo 200°. Son garantías constitucionales:

La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.”

Por su parte el Art. 2 del Código Procesal Constitucional retira tal legitimidad pasiva, de la siguiente manera:

Artículo 2.- Procedencia Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona.

Citando al Dr. Samuel Abad (2017): “la legitimación pasiva en el amparo, es decir “la determinación de la entidad frente a la que se ha de deducirse la pretensión, no suscita problemas de especial interés, pues la Constitución es muy clara al permitir su procedencia frente a cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace un derecho fundamental” (p. 161).

El Tribunal Constitucional a través del caso Chávez Zúñiga, STC Exp. N° 0410-2002-AA/TC menciona que:

(...) El tópicus ha sido resuelto explícitamente por la misma Constitución, al preverse que los procesos constitucionales de la libertad, como el amparo, no sólo pueden plantearse cuando los derechos resulten lesionados o amenazados de lesionarse por actos u omisiones de parte de cualquiera de

los poderes públicos, sino también, y en iguales condiciones, si es que el agravio lo ocasiona cualquier "persona" (art. 200. °, inciso 2).

A estos efectos, el concepto "persona", en los términos que señala el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución, engloba a cualquier particular, independientemente de que a este se le haya encargado o no la prestación de un servicio público o que, respecto a éste, el afectado se encuentre en una relación de subordinación. Los derechos constitucionales, como antes se ha dicho, deben respetarse en las relaciones entre particulares y, en caso de que se abuse de ellos o resulten vulnerados, las puertas del amparo están abiertas para que en esa sede se dispense la tutela correspondiente. (2002, fundamento 7)

Ahora bien, para tener una perspectiva amplia de la legitimidad pasiva, nos es menester desarrollar lo que entendemos por "autoridad, funcionario y persona":

- **Autoridad:** Persona que detenta el poder político, policial, militar o judicial. En el primero de los casos tenemos al Presidente de la República, Presidentes Regionales, Alcaldes, etc. en el caso del militar y policial tenemos a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales; y finalmente en el poder judicial tenemos a los magistrados de cualquier instancia.
- **Funcionario:** es aquel empleado o servidor que tiene un vínculo laboral con el Estado, el cual tiene la capacidad de decisión y que representa a la entidad para la cual brinda servicio dentro del ámbito de su competencia con un carácter meramente administrativo.

La defensa del Estado o de cualquier funcionario está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda; además de notificarse a la propia entidad estatal o al funcionario/servidor demandado quienes intervengan en el proceso. Sin embargo, las entidades públicas con rango constitucional actuarán directamente, sin la Intervención del Procurador Público.

- **Particular,** viene a ser la persona natural o jurídica que vulnera los derechos constitucionalmente protegidos; básicamente cualquier persona que tiene

legitimidad activa, ostentaría una legitimidad pasiva. Hay que tener en cuenta que cuando la Constitución Política apunta que el legitimado pasivamente en el amparo es otra persona natural o jurídica, se consagra la llamada “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales, en nuestro derecho constitucional interno.

A modo de conclusión, consideramos que cuando la Constitución y el Código Procesal Constitucional afirman que el proceso de amparo procede contra cualquier “autoridad, funcionario o particular”, no están mencionando algún prerrequisito para la legitimidad pasiva en el amparo, al contrario, con esta afirmación se pretende indicar que el proceso de amparo se puede presentar en contra de “cualquier persona”.

4.3. Terceros Intervinientes en el Proceso de Amparo

Tal como hemos venido desarrollando en el presente trabajo, a pesar de que el amparo tiene una naturaleza extraordinaria, esto no le quita la noción de que es un proceso. Como todo proceso debe existir una parte demandante y otra demandada, es decir se concretiza así la bilateralidad del proceso, sin embargo, no quiere decir que cada lado participe sea limitado a una sola persona. Existe aquí la posibilidad de una pluralidad de personas, que intervienen como demandantes o como demandados. A ello se denomina litisconsorcio que puede ser activo, pasivo o mixto. Sin embargo, puede acontecer que otros sujetos, conocidos como terceros intervienen en el proceso por contar con “legítimo interés” para ello. Para el presente trabajo, compartimos la noción de la definición de Ana María Arrarte (1997) que menciona que: “un tercero es (...) aquel que sin ser titular de la relación material origina el conflicto de intereses que es materia del proceso, tiene un interés propio y jurídicamente relevante para participar en él, por cuanto los efectos de la decisión que allí se emita pueden alcanzarle directa o indirectamente” (p. 141).

El Derecho procesal permite la presencia de terceros en el proceso. Se distingue una intervención voluntaria y otra obligatoria. El concepto de “intervención de terceros” está íntimamente relacionado con los conceptos de “parte”, “acumulación” y “litisconsorcio”.

El Tribunal Constitucional ha atinado a realizar definiciones de las figuras de “litisconsorte” y de “tercero”, a través de la STC N° 0961-2004-AA/TC:

Que los litisconsortes son partes, en sentido estricto, de la relación jurídica procesal, a diferencia del tercero, que “(...) es el sujeto procesal eventual no necesario para la prestación de la actividad jurisdiccional que, sin ser parte, tiene la “chance” de participar en una relación procesal pendiente en la medida del interés jurídico que ostenta y a través del instituto técnicamente denominado intervención de terceros” [Peyrano, Jorge, El Proceso Atípico, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993, Pág. 82]. (2004, fundamento 5)

Ergo, tal como el Dr. Monroy (2003) menciona que: “la diferencia principal entre el litisconsorte y un tercero radica en el “grado de interés o involucramiento respecto de la relación sustantiva” (p. 314). Respecto de un alto grado de interés, nos generarían otras dudas. Como vimos, el litisconsorte es una figura extrapolada desde el Proceso Civil, por lo tanto ¿Qué sucedería ante la aplicación del Art. 99 del CPC, a través de la cual se pretende la intervención excluyente principal? Es decir, si el tercero reemplazaría al demandante en el proceso de Amparo. A través de la STC Exp. N° 06759-2006-AA/TC el Tribunal Constitucional ha mencionado que “el rol que desempeñan los terceros en procesos constitucionales es un rol distinto a aquel que desempeñan en el proceso civil (Art. 97 y ss. del Código Procesal Civil)”. Entonces no sería factible considerar que el tercero excluya al demandante en un proceso de amparo ya iniciado. De este mismo pensamiento es Néstor Pedro Sagúes (1991) que menciona: “El desplazamiento del actor por el tercero es incomprensible en el amparo, sin perjuicio del derecho de ese tercero de actuar por sí en un segundo amparo, y del rechazo del amparo número uno, si eso correspondiere” (p. 385). Entendemos que tanto los derechos fundamentales que son de naturaleza individual-personalísima, la defensa de estos se mantiene de manera individual-personalísima; el proceso iniciado les pertenece a las partes, en las cuales pueden incluir a un tercero de manera obligatoria o facultativa, cuyo

perjuicio está vinculado al que se ventila en el proceso, más no es exactamente el mismo ni este puede suplantar al actor en la pretensión.

En este punto, es menester citar al profesor Castro Lozano (2005), cuya definición determina la naturaleza jurídica y atribuciones del tercero perjudicado:

En relación al tercero perjudicado, señala Arellano García que el tercero perjudicado no es un actor ni demandado, sin embargo, como parte en los juicios de amparo tiene los mismos derechos y obligaciones, permitiéndosele argumentar hechos contradictorios a los expuesto por el quejoso, pretender el sobreseimiento, ofrecer pruebas y alegar interponer recurso, iniciar incidente, entre otros. El terco perjudicado al contradecir las pretensiones del quejoso, pretenderá que el amparo no se concede, que no prosperen los argumentos de inconstitucionalidad e ilegalidad del acto reclamado hechos vales por el quejoso, o bien pretenderá que no se conceda la suspensión o que el juicio se sobresea. El tercero perjudicado no es una parte necesaria en los juicios de amparo. Ciertamente existen juicios en que no hay terceros perjudicados, entre otros, el quejoso ha hecho la designación y se le ha emplazado, pero no han concurrido; no obstante, no pueden ser obligados a participar. Además, en los juicios pueden participar en un papel muy secundario, pero en ocasiones representan un interés verdaderamente opuesto al del quejoso. (p. 27)

Ahora bien, analicemos el Código Procesal Constitucional, la intervención de terceros ha sido regulada a través de dos artículos. El Art. 43 denominado acumulación subjetiva de oficio y el Art. 54 que es la intervención voluntaria de terceros:

Artículo 43.- Acumulación subjetiva de oficio. - Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar.

Como ya mencionamos anteriormente, el juez juega un papel protagónico en los procesos constitucionales. Si el juez, como director del proceso, al detectar que existiera un tercero que debe integrar la relación procesal, debe estar facultado para disponerlo; es por ello por lo que este artículo tiene el epígrafe de 'de oficio'. Ahora bien, otra característica que debemos resaltar es que esta sería una "acumulación subjetiva sucesiva". Es decir, "es la incorporación de una o más personas al proceso, con posterioridad a la notificación de la demanda" (Monroy, 2003, p. 314).

Artículo 54.- Intervención litisconsorcial. - Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el Juez admite su incorporación ordenará se le notifique la demanda. Si el proceso estuviera en segundo grado, la solicitud será dirigida al Juez superior. El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable.

A diferencia de la "Acumulación Subjetiva de Oficio", esta figura se trata de una intervención solicitada por un tercero y cuya inclusión quedara a criterio y decisión del magistrado. Úrsula Indacochea (2008) menciona que esta norma permite "la intervención de diferentes tipos de terceros en el amparo, cuyo legítimo interés debe ser evaluado caso por caso, por el juez constitucional" (p. 538). El Tribunal Constitucional incluso ha mencionado que "los pedidos de intervención como litisconsorte, "no solo basta que el solicitante acredite tener un legítimo interés respecto del resultado del proceso, sino que dicho interés debe ser: i) jurídicamente relevante; y ii) común o conexo con las pretensiones de la parte involucradas en el caso" (STC Exp. N° 911-2007-PA/TC, Fundamento 4).

5. Competencia en el Amparo

La competencia no es un concepto ajeno al concepto de jurisdicción, al contrario, son conceptos complementarios pues el primero es un límite para el segundo; en palabras simples la competencia es una forma de organizar el ejercicio de la función jurisdiccional. Esto encuentra su objeto al considerar que el ejercicio de la función jurisdiccional no puede atribuirse a un solo juez por lo que será necesario distribuirla

en distintos organismos jurisdiccionales a lo largo de diferentes distritos judiciales, e incluso en estos también organizarlos. Víctor Fairén (1990) menciona que:

de un lado la complejidad de los trabajos jurisdiccionales y de otro, la extensión geográfica y la gran población de casi todos los Estados, impone una distribución de la jurisdicción entre diversos tribunales” conforme a ello la competencia supone un examen de la distribución jurisdiccional entre los diferentes órganos de la misma, dentro de cada orden jurisdiccional, habida cuenta de su pluralidad. (p. 247)

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, la competencia del Poder Judicial en materia de procesos de Amparo se mantuvo en los mismos términos en que el marco normativo precedente lo estipulaba. Actualmente las acciones de Amparo son competencia de Jueces Civiles, Salas Civiles y, para lo que fuere pertinente, de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Adicionalmente a ello, a través de la Resolución Administrativa N° 060-2018-CE-PJ, publicada el 7 de marzo del 2018, se crearon las Salas Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima como órganos de segunda instancia, lamentablemente esta conformación se limitó geográficamente a Lima y no a los demás distritos judiciales del país. Finalmente, la competencia “negativa” de última instancia quedo confiada al Tribunal Constitucional.

Un dato resaltante respecto de la competencia es lo estipulado por el Código Procesal Constitucional en su Art. 51 párrafo quinto, respecto de la inmediatez ante la revisión de una demanda de amparo contra las resoluciones judiciales. es en cuanto a la inmediatez en la revisión de las demandas de amparo contra resoluciones judiciales, donde se entregó la responsabilidad de evaluación previa a uno de los Vocales de la Superior Competente. Se recorta la competencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, como segunda instancia en esta materia, convirtiéndose en un órgano de consulta en materia de amparo en aplicación del control difuso.

La disposición actualmente vigente, está desarrollada en el Art. 51 del Código Procesal Constitucional, y es de la siguiente manera:

“Artículo 51.- Juez Competente y plazo de resolución en Corte. - Es competente para conocer del proceso de amparo, del proceso de hábeas data y del proceso de cumplimiento el Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante. En el proceso de amparo, hábeas data y en el de cumplimiento no se admitirá la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado. Promovida la excepción de incompetencia, el Juez le dará el trámite a que se refieren los artículos 10 y 53 de este Código. De comprobarse malicia o temeridad en la elección del Juez por el demandante, éste será pasible de una multa no menor de 3 URP ni mayor a 10 URP, sin perjuicio de remitir copias al Ministerio Público, para que proceda con arreglo a sus atribuciones. (...).”

5.1. Competencia por razón de territorio

La “regla de oro” procesal en los procesos ordinarios es que el territorio está basado en el factor geográfico y estará determinada conforme el domicilio de la parte demandada (a favor de ella). El proceso de amparo rompe con esta regla tradicional, ya que el conforme al marco normativo correspondiente, el órgano jurisdiccional competente se encuentra determinado por el demandante y favor de este. Esta postura encuentra su motivo al considerar al sujeto pasivo como agraviado por la acción u omisión inconstitucional que lesiona los derechos fundamentales. El Art. 51 del Código Procesal Constitucional positiviza la mencionada postura, y brinda al recurrente una ventaja para interponer su pretensión ante un juez que se adecue más a sus intereses, impidiendo que el factor geográfico sea un obstáculo para la defensa ius-fundamental. Sin embargo, en aplicación al principio *pro accione* y a lo estipulado en el párrafo 3 del Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, si al usar el “domicilio principal” del demandante, resultada perjudicial para la pretensión, se deberá evaluar otras opciones para que el proceso continúe, como por ejemplo el criterio del “lugar donde se afectó el derecho”.

El Tribunal se pronunció en STC Exp. N° 01983-2009-PA/TC respecto de su criterio acerca de la Competencia de Territorio en los siguientes términos:

Que debe tenerse en cuenta que las normas sobre competencia se basan en establecer lo más beneficioso para la parte demandante, cuya indefensión está amparada por una presunción iuris tantum, y en ese sentido, se especifica que el demandante elegirá dónde interponer la demanda dentro de las opciones que le brinde la norma respectiva. En el caso de autos, la causa debe ser resuelta a la luz del pro homine, según el cual se procura asumir la interpretación más favorable para el destinatario de la protección, así como del principio pro actione, mediante el cual el juez tiene el deber de interpretar y aplicar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable, a fin de obtener una decisión válida sobre el fondo. (2009, fundamento 3)

Adicionalmente debemos mencionar que, según la Tercera Disposición Final del Código Procesal Constitucional, quedo establecido que los procesos constitucionales que corresponde a resolver de modo compartido al Poder Judicial *“se iniciarán ante los jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos”*, siendo la única excepción los habeas Corpus que se inician ante Juez Penal.

5.2. Competencia funcional

La competencia funciona tiene como base la jerarquía de los órganos jurisdiccionales que participan como instancias de fallo. Morales (2005) precisa: “la competencia funcional está determinada por intervención de los órganos judiciales en las distintas etapas por las que transcurre el proceso, el fundamento de este criterio radica en la garantía de la pluralidad de instancia” (p.292).

Conforme lo desarrollado por el Código Procesal Civil, son competentes para revisar las acciones de Amparo: los jueces Civiles, Mixtos o Constitucionales en primera instancia, salvo excepción prevista en la legislación. La Segunda Instancia está conformada por las Salas Civiles y Constitucionales de la Corte Superior de Justicia, conforme lo estipulado por el Art. 33 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Art. 18 del Código Procesal Constitucional, menciona que en caso de producirse la denegatoria de la demanda en segunda instancia, resulta competente el Tribunal

Constitucional como instancia definitiva de fallo y poner fin a la controversia de relevancia constitucional.

5.3. Competencia por razón de materia

No hay mucho que agregar respecto de esta competencia puesto que esta concretamente determinada por su propia denominación: “competencia material”. Conforme el primer párrafo del Art. 51 del Código Procesal Constitucional se ha otorgado a los jueces civiles en primera instancia, a las Salas Civiles, en segunda instancia y al Tribunal Constitucional, en última y definitiva instancia en caso de resolución denegatoria. Giuseppe Chiovenda (1954) considera:

esta competencia “obedece a que en determinados pleitos se reservan exclusivamente determinados jueces, sea por la especial naturaleza de la relación jurídica discutida, sea por facilitar la conciliación, sea por otras razones. La constitución de órganos especiales de jurisdicción puede estar determinadas por distintas razones. Responde a veces al surgir de relaciones nuevas que, no adaptándose bien a las normas jurídicas ya establecidas, necesitan ser definidas y formuladas de modo autónomo; y por ello requieren órganos de jurisdicciones especiales que puedan procurar la definición jurisdiccional del derecho nuevo. (p.210)

6. La Sentencia del proceso de Amparo

La sentencia es a su vez una manifestación material del derecho sustancial y adjetivo que bien podríamos considerar como el acto jurisprudencial por excelencia. Gimeno Sendra (2007) nos menciona que: “a través de ella se resuelve definitivamente el conflicto y se satisfacen, mediante aplicación del derecho, las pretensiones o defensas deducidas por las partes” (p.517). Un concepto análogo que plasma una característica resolutoria de conflictos a la sentencia es la de Omar Cruz (2008) al definir la sentencia como “el acto procesal más importante emitido por el órgano jurisdiccional en todo tipo de proceso judicial, la cual constituye la resolución por antonomasia y, es a través de ella que se resuelve la litis sometida a consideración” (p. 260).

Estas definiciones, aunque acertadas, nos parecen algo limitadas en su contenido. Para el presente trabajo consideramos que la sentencia como:

El acto procesal constituye la manifestación material del derecho que tiene todo justiciable que acude a la vía jurisdiccional para obtener una decisión de fondo debidamente motivada y fundada en el derecho, en tiempo razonable, más allá de la fundabilidad o no de la pretensión formulada por el accionante, y que, sin duda, su trascendencia se da en su ejecución misma; en suma, la sentencia es una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. (Chamorro, 2002, p.14)

Tal como recordamos, el Código Procesal Civil que es de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, define a través de su Art. 121 lo siguiente:

“Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso, en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”.

Ahora bien, si revisamos el texto del Código Procesal Constitucional, se hacen menciones en diversos artículos de las denominadas “sentencias constitucionales” para diferenciar de las emitidas en otro tipo de proceso cuya naturaleza es distinta a la constitucional. Tomando en consideración el principio de primacía constitucional, debemos señalar que, por lo pronto, todas las sentencias guardan la vocación de ser constitucionales, puesto que todas deben respetar el orden constitucional (respetando y fundamentándose en la constitución). Teleológicamente, toda sentencia podría entonces ser considerada una sentencia constitucional; sin embargo, terminológicamente hablando es necesaria una distinción. Es por ello que en nuestro país deberán ser consideradas sentencias constitucionales, aquellas dictadas en los siete procesos constitucionales en el marco normativo constitucional de nuestro país.

El Tribunal Constitucional ha precisado una conceptualización general que obviamente abarca a todos los procesos constitucionales, entre ellos el amparo, a

través las Consideraciones previas de la STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, en el sentido siguiente:

Las sentencias en materia constitucional

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. Así, en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa; mientras que en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En suma, permiten cautelar la supremacía jerárquica de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. Por ende, rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política. (2003, consideraciones previas)

Por ende, podemos afirmar que las sentencias de amparo se tratan de resoluciones firmes debidamente motivadas, producto del debido proceso en mérito del cual el juez ha definido una controversia de trascendencia constitucional; siendo que su decisión puede ser estimativa o desestimativa de un conflicto en torno a un derecho fundamental, derecho constitucional, principio constitucional o valor fundamental.

Ahora bien, tal como mencionamos, debemos resaltar la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales. Dentro del campo constitucional la motivación de la sentencia es de grado superlativo pues responde a una exigencia constitucional. Exigencia plasmada tanto en la normativa constitucional (Art. 139 inc. 5 de la Constitución vigente) como en los pronunciamientos del máximo protector de la constitucionalidad en nuestro país:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces al resolver las causas expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso, Así toda decisión que carezca de la debida motivación, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y en consecuencia ser inconstitucional. (STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, 2008, fundamento 6)

Tomando en consideración la debida motivación, el Art. 17 del Código Procesal Constitucional introdujo la estructura formal básica que debería tener una sentencia emitida en un proceso constitucional. Sin embargo, este artículo está dirigido a las sentencias de jurisdicción constitucional de la libertad; es así que el legislador regulo la sentencia fundada del amparo a través de un artículo independiente y específico, el Art. 55 del mismo Código que impone una estructura formal en los siguientes términos:

- 1) *La identificación del demandante: Aquí el Juez Constitucional identificará a la víctima del derecho vulnerado; típicamente es el accionante, aunque esta situación puede variar según las circunstancias del proceso en concreto;*
- 2) *La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo: Al igual que es necesario identificar al accionante, es necesario identificar a la persona natural o jurídica que se encontrará obligada a la acción, omisión, etc. que el juez considere pertinente a través de este acto jurisdiccional.*

3) *La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida: Los jueces especificarán el derecho, principio o valor iusfundamental que se encuentra sometido a su análisis.*

4) *La fundamentación que conduce a la decisión adoptada: Es en este supuesto donde el juez realiza un razonamiento lógico-jurídico a partir del relato de los hechos expuestos por las partes, valorándolos desde una perspectiva iusfundamental para resolver el tema de fondo de la litis de relevancia constitucional;*

5) *La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto: Este es el fallo en sí mismo; a través del cual se dispone el restablecimiento del derecho vulnerado a un estado anterior a la vulneración; o la suspensión de los actos que amenazan, vulneran o ponen el riesgo un derecho(s) de la víctima. Finalmente dispondrá la acción u omisión a la que el demandado se encuentra obligado, conforme al proceso constitucional y el derecho invocado.*

6.1. Cosa Juzgada

La cosa juzgada encuentra su fundamento en diferentes estipulaciones del marco normativo nacional. El inciso 13 del Art. 139 de la Constitución Política del Perú, establece que:

“(…) Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”.

A su vez, el inciso 13 del Art. 139 de la Constitución Política del Perú, establece que:

“La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La

amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

A lo largo del Código Procesal Constitucional, esta figura es repetida en múltiples ocasiones;

Art. III del Título Preliminar estipula lo siguiente:

“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo”.

Artículo 6 del Código Procesal Constitucional nos menciona que:

“Cosa Juzgada En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.”

Para el presente trabajo, entendemos la cosa juzgada como el principal y necesario efecto que actuación jurisdiccional puede alcanzar, especialmente cuando se hizo pronunciamiento sobre el fondo de la litis. En sí, es el atributo de definitividad que se otorga a las sentencias firmes es una garantía de relevancia constitucional. El derecho constitucional a “la cosa juzgada” puede ser desarrollado en dos dimensiones; nos referimos a la cosa juzgada formal (contradicción en una dimensión adjetiva, también llamada procesal) y a la cosa juzgada material (contradicción en una dimensión material).

Blasco Soto (1994) ha definido la cosa juzgada a partir de la inatacabilidad de la sentencia con referencia al mismo proceso, afirmando que:

Así, cosa juzgada, inimpugnabilidad y firmeza son sinónimos. Se aprecia el valor formal de la cosa juzgada cuando contra una sentencia no cabe interponer recurso alguno; precluye toda posibilidad de que la misma pueda ser modificada, lo que se traduce en la imposibilidad procesal de que el resultado plasmado en la resolución del litigio sea directamente atacado. Es, por tanto, un efecto interno de la sentencia que indica la terminación del

proceso. Desde este punto de vista, la sentencia constitucional sí produce efecto de cosa juzgada. Es firme desde el momento en que es dictada sin que pueda ser recurrida. (p. 41)

Eduardo Couture (2002) menciona que “la cosa juzgada formal alude a que determinadas decisiones judiciales tienen, aun agotada la vía de los recursos, una eficacia meramente transitoria, pues no impide que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada puede modificarse” (p.341).

Por otro lado, la cosa juzgada material se define como el efecto propio de algunas resoluciones firmes consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular, en otros procesos, a cualesquiera órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos) respecto del contenido de esas resoluciones (de ordinario sentencias); es, por tanto, la autoridad que produce la decisión fuera del concreto proceso en que se desarrolla. Esta función es la que en rigor es denominada por la doctrina mayoritaria ‘cosa juzgada’. Se define como la exclusión de la posibilidad de tratar en otro proceso la cuestión ya resuelta y devenida firme. La cosa juzgada material no se traduce únicamente en una mera repercusión negativa del fallo (es decir, no otro proceso sobre la misma materia), sino también positiva, de ahí que se hable del doble efecto o función de la cosa juzgada material. (Blasco, 1994, p. 42)

Esta doble dimensión trae como consecuencia dos efectos o funciones que son importantes en la determinación de esta figura; que permite configurar el derecho fundamental procesal que impide el cuestionamiento de un asunto que ha sido resuelto a través de una resolución judicial firme e inimpugnable.

Cuando nos referimos a la función negativa de la cosa juzgada, De la Oliva Santos (2005) considera que:

la función negativa o excluyente de la cosa juzgada consiste en que, si en

varios procesos se trata del mismo objeto, es obligación del juzgador del ulterior proceso ponerle fin, a la mayor brevedad posible, porque ese posterior proceso es, no solo inútil sino perjudicial e injusto - no se puede condenar por segunda vez al anteriormente condenado ni condenar al que, respecto del mismo litigio resulto absuelto antes, y tampoco absolver al que, siempre respecto de lo mismo, fue primero condenado. (p. 108)

Por otro lado, cuando nos referimos a la función positiva de esta figura, De La Oliva (2005) considera:

“la función positiva o prejudicial de la cosa juzgada quiere significar que lo decidido en una resolución firme sobre el fondo afecta a todos los tribunales en procesos ulteriores en que lo decidido sea parte, de un modo u otro, del objeto de esos procesos. De lo cual se desprende que, mientras la así denominada función negativa opera cuando existe una relación de identidad entre dos procesos, la función positiva solo actuara ante situaciones de similitud entre dos o más procesos, el último de los cuales exige al juez atenerse al contenido de la primera sentencia, que debe tomar como indiscutible punto de partida. (p.109)

Si es que, durante el trámite de un proceso judicial, alguna de las partes advierte que determinada cuestión (sobre la que pesa un pronunciamiento judicial firme) está originando el accionar de la justicia en cuanto a un pronunciamiento, el afectado deberá de detener tal acto a través de la manifestación de que sobre ello existe un pronunciamiento judicial previo que ostenta la calidad de cosa juzgada. En caso de que dicha pretensión no sea amparada, el afectado estará legitimado para interponer demanda de amparo por vulneración de su derecho a la cosa juzgada.

Al respecto, debe señalarse que el Tribunal Constitucional ha definido a la cosa juzgada partiendo de la consideración que:

Mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en

primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó. (STC Exp. N° 4587-2004-AA/TC,2004, fundamento 38)

Asimismo, ha señalado que los efectos de la cosa juzgada “no sólo impide que su fallo sea contradicho en sede administrativa o judicial, sino que prohíbe, además, que sus términos sean tergiversados o interpretados maliciosamente, bajo sanción de los funcionarios encargados de cumplir o ejecutar la sentencia en sus propios términos” (STC Exp. N° 0012-2005-AI/TC,2005, fundamento 2).

Por tal motivo, se establece la prohibición de revivir procesos fenecidos comprendida como

El derecho que corresponde a todo ciudadano de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas; esto es, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas allí declaradas. Ello, obviamente, sin perjuicio de que sea posible su modificación o revisión, a través de los cauces extraordinarios legalmente previstos. Lo contrario, desconocer la cosa juzgada material, priva de eficacia al proceso y lesiona la paz y seguridad jurídica. (STC Exp. N° 3789-2005-HC/TC,2005, fundamento 8)

Sobre la actuación de los jueces frente a procesos fenecidos, el Tribunal ha precisado que:

Lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales es ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando tengan que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de

un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), respecto de los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en consecuencia, un antecedente lógico respecto a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento. (STC Exp. N° 3789-2005-HC/TC, 2005, fundamento 9)

Finalmente, no podemos afirmar que la “cosa juzgada” es una institución inamovible. Conforme al desarrollo constitucional nacional vigente, las sentencias que constituyen cosa juzgada pueden ser “controladas” a través del proceso de amparo, siempre en cuando tal acto jurisdiccional vulnere derechos constitucionalmente protegidos; tal como lo menciona la STC Exp. N° 5374-2005-AA/TC:

Interpretar aisladamente los mencionados incisos 2) y 13) del artículo 139 de la Constitución en el sentido de que mediante el proceso de amparo no se pueden controlar resoluciones judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada, resulta inconstitucional. Una interpretación aislada como la expuesta conllevaría a eximir de control a determinados actos que vulneren derechos fundamentales, transgrediéndose, de este modo, el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades. (2005, fundamento 7)

6.2. Represión de actos homogéneos

6.2.1. Represión de actos lesivos homogéneos a nivel doctrinal

Diversos autores peruanos han vertido sus opiniones respecto la definición de la represión de actos homogéneos. Por ejemplo: El Dr. Garcés Trelles (2005) menciona que:

la represión de los actos lesivos homogéneos permite al juez, una vez culminado el proceso de amparo mediante la sentencia firme, declarar que un acto sobreviniente es sustancialmente homogéneo a uno de aquellos que han sido considerados inconstitucionales en dicha sentencia, atendiendo a un pedido expreso de la parte demandante afecta. Hecha esta aclaración el juez debe ordenar la inmediata represión del nuevo acto lesivo del derecho constitucional. (p.47)

Es decir, que la represión de actos homogéneos sería una ampliación, realizada por el juez, del ámbito de protección que otorga una sentencia firme. Similar análisis es el desarrollado en el planteamiento del Dr. Málaga Alulana (2008) que se refiere a la represión de actos homogéneos como: “lo que realiza el juez es ampliar el ámbito de protección otorgado por la sentencia hacia el acto sobrevenido, ordenando la neutralización de ese nuevo acto agresor. Con ello evita al justiciable el inicio y desarrollo de un nuevo proceso constitucional” (p.491). Lo interesante de estos dos conceptos es que ambos relacionan la figura procesal constitucional con idea de “cosa juzgada”, siendo este último una figura que analizaremos más adelante.

El Dr. Málaga plasma una idea que podríamos considerar como finalidad de esta figura procesal: “evitar futuros procesos constitucionales innecesarios”; mismo pensamiento que comparte Carlos Mesía (2007) al señalar que:

El objetivo de que se persigue con esta innovación es que la parte perjudicada por un hecho sustancialmente idéntico al que ha sido conocido por el juez de amparo, no tenga que verse en la necesidad de recurrir a un nuevo proceso, con lo que ello significa en tiempo y costos, no solo para el agraviado sino para la administración de justicia. En segundo lugar, que actos idénticos al que ha sido declarados lesivos se repitan en el futuro. (p. 527)

A nuestro entender, la represión de actos homogéneos es una figura procesal, que imprime mayor eficacia a la decisión contenida en una sentencia firme al ampliar el ámbito de protección de la misma; para que en el supuesto de un acto lesivo que sea sustancialmente homogéneo, este sea extinguido sin la necesidad de un nuevo proceso constitucional, siendo el juez ejecutor el mayor participe de la figura y sobre quien recae una gran responsabilidad. Para finalizar, en palabras del Dr. Gerardo Eto Cruz (2014) que hace una apreciación procesal más concreta:

La represión de actos homogéneos viene a ser un instrumento procesal que ha fortalecido la jurisdicción constitucional, pues permite al juez ejecutor, ampliar los efectos de la sentencia a posteriores actuaciones lesivas, para lo cual puede hacer uso de todas las herramientas sancionadoras del Código Procesal Constitucional ha regulado en el Art. 22 y en defecto de ellas, podrá

hacer uso de la regulación penal que al respecto resulta aplicable, a fin de desincentivar la generación de nuevos agravios. (p. 377)

6.2.2. Represión de actos lesivos homogéneos a nivel jurisprudencial

Desde la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, se dieron algunos intentos para brindar un mayor peso a esta institución procesal. El primer intento serio se dio en la sentencia recaída en la STC Exp. N° 05033-2006-PA, en el fundamento 5 que citamos a continuación:

“Mediante la represión de actos homogéneos se busca evitar que los justiciables se vean obligados a interponer una nueva demanda de amparo, en caso se configure un acto (u omisión) sustancialmente homogéneo al declarado lesivo de derechos fundamentales en un proceso de amparo”.

Aunque su propuesta es interesante, no fue sino, a través de la sentencia recaída en la STC Exp. N° 04878-2008-PA/TC que, en virtud de su función pedagógica, el Tribunal Constitucional define con mucha mayor precisión la institución estudiada, definiéndola como:

Un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resulto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho. (2008, fundamento 3)

Esto quiere decir que lo resuelto en una sentencia emitida después de un proceso constitucional no se encuentra limitada en el tiempo y sus efectos no se agotan con el cumplimiento de esta, sino, en su afán proteccionista, protegen el futuro del derecho lesionado ante cualquier contingencia. Adicionalmente, también en la mencionada sentencia dieron a conocer los fundamentos de la institución, relación

con otras figuras procesales, los criterios para determinar la existencia de un acto lesivo homogéneo, etc.

No fue hasta la sentencia de la STC Exp. N° 05496-2011-PA/TC dónde se verifican 4 presupuestos para conocer un pedido de represión de actos lesivos (la sentencia del 2008 solo se limitó a determinar 2 presupuestos). Es en esta última sentencia donde mencionan que *“el carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifiesto, es decir, que no deben existir dudas sobre las esenciales características entre el acto anterior y el nuevo. Y que para que la determinación de esta identidad en cada caso en concreto, el juez constitucional deberá recurrir a un juicio de comparación entre términos comprendidos”*.

6.2.3. Fundamentos de la Institución

El máximo tribunal en materia constitucional de nuestro país ha precisado, a través de las sentencias referidas, la razón de ser de la figura de represión de actos homogéneos: evitar el desarrollo de nuevos procesos constitucionales y garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas.

a) Evitar el desarrollo de nuevos procesos constitucionales

Para el máximo intérprete de la Constitución, conforme lo menciona en su STC Exp. N° 05033-2006-PA/TC:

Lo que se busca es evitar que las personas afectadas por un acto u omisión sustancialmente homogéneo al que fue calificado previamente como lesivo, tengan que iniciar un nuevo proceso constitucional, con los costos que esto significa. Sin embargo, aunque tradicionalmente se considera que las instituciones procesales constitucionales son ágiles, por una noción de urgencia en la protección, la realidad nos demuestra que este es un proceso medianamente duradero. Adicionalmente de evitar carga económica para las partes y carga laboral para el ente jurisdiccional, la represión de actos homogéneos busca eliminar cualquier posibilidad de que se emita una sentencia distinta a la inicial, esto es, evitar sentencias contradictorias entre órganos jurisdiccionales y mantener una noción de uniformidad en el criterio

de interpretación y protección de los derechos fundamentales. (2006, fundamento 5)

b) Garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas

En este punto no podemos avanzar sin hacer una aclaración, en la sentencia recaída por la STC Exp. N° 05033-2006-AA/TC, el Tribunal Constitucional hace una mención que ha sido materia de análisis y discusión:

Que así, mediante la represión de actos homogéneos se busca evitar que los justiciables se vean obligados a interponer una nueva demanda de amparo, en caso se configure un acto (u omisión) sustancialmente homogéneo al declarado lesivo de derechos fundamentales en un proceso de amparo. **Asimismo, se pretende asegurar la plena eficacia de la cosa juzgada constitucional.**

Entonces surge una pregunta ¿la represión de actos homogéneos pretende garantizar los efectos de las sentencias ejecutoriadas o la eficacia de la cosa juzgada constitucional? Para responder estas, deberemos analizar las dos excelentes respuestas de los Drs. Hernando Devis Echandía y Luis Castillo Córdova.

Por un lado, tenemos a Hernando Devis (2002) que menciona que:

debe tenerse cuidado de no confundir la cosa juzgada con la ejecutoria de la sentencia. Este se cumple cuando no hay recursos pendientes por no otorgarlos la ley o por haber pasado el termino para interponerlos, cualquier que sea la sentencia; aquella es una calidad especial que la ley les asigna a algunas sentencias ejecutoriadas. No hay cosa juzgada sin ejecutoria, pero si esta sin aquella. (...) Toda sentencia ejecutoriada tenga o no efectos de cosa juzgada, es imperativa u obligatoria y si impone condena es además ejecutable. Luego no se trata de efectos de la cosa juzgada. Esta tiene influencia en aquellos, pero en cuanto los convierte en inmutables y definitivos, al excluir una revisión en proceso posterior y prohibir una nueva

decisión del fondo, en caso de que alguna parte pretenda desconocerla. (p. 455)

En ese orden de ideas, Castillo Córdova (2009) menciona que:

Las sentencias finales recaídas en procesos constitucionales que se pronuncian sobre el fondo, puede ser de dos tipos: a) aquellas que no transgreden la constitución; b) aquellas que si la transgreden. El tribunal familiar al afirmar que la represión de actos homogéneos no tiene por finalidad asegurar la cosa juzgada constitucional, sino la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas. Solo acierta respecto del segundo tipo de sentencias (esto es, las que transgreden la Constitución), pues aquí la cosa juzgada constitucional no se habría configurado aún, por lo que mal se puede asegurar lo que aún no existe. (p. 83)

Por lo tanto, a pesar de que la primera sentencia mencione “cosa juzgada”, luego de analizar ambas definiciones; es más adecuado señalar que la represión de actos homogéneos se sustenta en la necesidad de garantizar los efectos de estas últimas.

6.2.3.1. Nuevos Presupuestos Procesales Obligatorios

Pese a lo ya desarrollado en la sentencia pedagógica del Tribunal, del STC Exp. N° 04878-2008-PA/TC, en la STC Exp. N° 05496-2011-PA/TC se han precisado 4 nuevos presupuestos obligatorios, cuya omisión acarrearía la improcedencia del pedido de represión de actos lesivos homogéneos:

a) Existencia de una sentencia firme a favor de la parte demandante en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.

Se busca así, evitar que una persona que cuenta con una sentencia favorable, al acudir a otro proceso respecto de un acto lesivo homogéneo, se encuentre frente a una sentencia desfavorable. Además, al ser la sentencia firme, esta deberá de identificar el derecho constitucionalmente protegido, así como las circunstancias de lesividad primitiva; información muy necesaria por el juez constitucional, para analizar la homogeneidad mencionada. Tal como lo menciona el Art. 17 del Código Procesal Constitucional:

La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso:

- 1) La identificación del demandante;
- 2) La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;
- 3) **La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida;**
- 4) **La fundamentación que conduce a la decisión adoptada;**
- 5) La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto.

El cumplimiento de lo normado por el texto normativo, así como por las sentencias jurisprudenciales, permitirá al juez de ejecución resolver de modo célere y eficiente, las solicitudes de represión.

b) Cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de condena.

Es vital que la sentencia primitiva haya sido cumplida en todos sus extremos, caso contrario sería improcedente la solicitud de represión de actos homogéneos. En ese escenario, si no se ha cumplido con el mandato de dar, hacer o no hacer, sería procedente aplicar los mecanismos coercitivos mencionados en el art. 22 del Código Procesal Constitucional.

Nuevamente, el presupuesto en análisis, desarrollado en la jurisprudencia constitucional tiene sus bases en los estipulado por el Código Procesal Constitucional, esta vez en su Art. 72, que tiene el siguiente texto normativo:

La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto

a:

- 1) La determinación de la obligación incumplida;
- 2) La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;
- 3) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;
- 4) La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

Del contenido de las sentencias depende en demasía la ejecución y cumplimiento de estas, por lo que es importante que estas decisiones respecto tutela de derechos fundamentales sean expresadas de formas clara y concisa.

c) Solo si existe una sentencia previa, en la que ha establecido claramente el derecho afectado y el acto lesivo, y que ha adquirido la calidad de firme, podrá evaluarse si la acción u omisión que se produzca con anterioridad resulta homogénea. Así si se declara improcedente o infundada, una demanda de tutela de derechos fundamentales no puede solicitarse con posterioridad la represión de actos homogéneos.

A opinión, este “requisito” es redundante y se infiere del propio concepto de “represión de actos homogéneos” así como del primer requisito obligatorio mencionado en la sentencia.

d) La sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional

Basado en el sistema dual de protección de los derechos fundamentales, resulta evidente y necesario que ambas instituciones que son competentes para dilucidar temas constitucionales también compartan competencia en lo concerniente a este este instrumento procesal. (2011, fundamento 9)

6.2.3.2. Criterios para identificar un acto homogéneo

El tribunal constitucional a través de su sentencia recauda en la STC Exp. N° 04878-2008/TC ha identificado tres criterios para determinar un acto lesivo homogéneo estos son: a) elementos subjetivos; b) elementos objetivos; c) la manifiesta homogeneidad, a continuación, pasamos a mencionar el desarrollo del Tribunal Constitucional en la citada sentencia.

a) Elementos subjetivos

a. Persona Afectada

Del propio texto constitucional se puede inferir que la invocación de este instrumento procesal le corresponde únicamente a la parte demandante del proceso anterior, que dio origen a la sentencia en la que la determino como titular del derecho fundamental vulnerado. Cuando la demanda ha sido presentada por una única persona, no hay mayor problema para evaluar este requisito. Sin embargo, el proceso de amparo se ha expandido hacia personas “como individuos”. La situación se complica cuando analizamos el caso del amparo en protección de “derechos difusos y colectivos”; así como el caso de las demandas sobre “actos individuales homogéneos”, siendo que el primero ha sido desarrollado en el Art. 40 del Código Procesal Constitucional donde señala que: “Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”. Para dar respuesta a esta cuestión debemos primeramente entender los conceptos de ambas circunstancias en concreto y también el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto. Sobre los primeros (intereses difusos y derechos colectivos) Ferrer Mac-Gregor señala: “ambos tipos comparten los mismos problemas

jurídicos y se refieren a bienes indivisibles. Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos.

Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables. (Ferrer Mac-Gregor, 2003, p. 12).

Adicionalmente, al respecto de los “actos individuales homogéneos” o derechos pluriindividuales, el Dr. Mac-Gregor señala:

“Los derechos individuales homogéneos se distinguen de los intereses supraindividuales en que aquellos son auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen facticos común y contenido sustantivo homogéneo.” (Mac-Gregor, 2003, p. 15).

Para dar una respuesta a la pregunta inicialmente formulada en el acapice presente (¿cómo podrían presentar su solicitud de represión de actos homogéneos cuando hablamos de intereses difusos o derechos individuales homogéneos?) nos enfocaremos en los desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 048-2008-PA/TC:

Fundamento 34:

Se puede concluir que la represión de actos lesivos homogéneos puede ser invocada de la siguiente forma:

Por cualquier persona en el caso de los derechos difusos.

Por cualquier integrante del grupo en el caso de los derechos colectivos.

Por cualquier persona que se encuentre en una situación igual a la considerada como un estado de cosas inconstitucional, en el caso de los derechos individuales homogéneos.

En consecuencia, considerando lo desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente podemos deducir que cualquiera persona (derechos difusos); cualquier integrante del grupo (derechos colectivos) o cualquier que se encuentre en una situación igual (derechos individuales homogéneos) podrán invocar la represión de actos lesivos homogéneos.

b. Origen o fuente del acto lesivo

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha determinado, a través del fundamento 36 y 37 de su STC Exp. N° 04878-2008-PA/TC, que:

En ese sentido el nuevo acto lesivo debe ser llevado a cabo por la misma entidad, autoridad, funcionario o persona que fue obligada a dar, hacer o dejar de hacer algo a través de la sentencia de condena establecida en un proceso constitucional.

Al respecto es importante señalar que, si bien en el proceso que dio lugar a la sentencia previa, la demanda puede haber estado dirigida a un funcionario en particular, el acto lesivo homogéneo puede producirse por un funcionario diferente al demandado, pero que forma parte de la misma institución demandada. Por ese motivo, al momento de evaluar el origen o fuente del acto invocado como homogéneo, debe tomarse en cuenta si el mandato ordenado en la sentencia sólo podía ser cumplido por una determina persona o si se trataba de un mandato que debía ser observado por toda una entidad en su conjunto.”

Nuevamente, se resalta la urgente necesidad de precisar claramente en el fallo primitivo la identificación de la persona o entidad a quien le corresponde llevar acabo determinada conducta, para de ese modo,

el trabajo del juez de ejecución sea más célere y adecuada su determinación de homogeneidad.

b) Elemento objetivo

El Tribunal Constitucional identifica al criterio de homogeneidad como el parámetro de evaluación del acto lesivo anterior con el nuevo acto lesivo. La homogeneidad se identificará con las características del acto lesivo que la sentencia ha descrito en su motivación. (Eto, 2014, p. 385). Es completamente necesario que el acto lesivo sea el mismo, así como las circunstancias, para que la solicitud prospere, por ello no es posible hacer un análisis en abstracto, se necesita analizar cada sentencia en concreto para determinar el criterio de homogeneidad.

c) Manifiesta homogeneidad

Al respecto el Tribunal Constitucional a través de la STC Exp. N° 04878-2008-PA/TC en su F.J 42 ha expresado que: “El carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifiesto, es decir, no deben existir dudas sobre las esenciales iguales características entre el acto anterior y el nuevo. Siendo que, para la determinación de esta identidad en cada caso concreto, el juez constitucional deberá recurrir a un juicio de comparación entre los términos comprendidos. En caso contrario, debe declararse improcedente la solicitud de represión respectiva, sin perjuicio de que el demandante inicie un nuevo proceso constitucional contra aquel nuevo acto que considera que afecta sus derechos fundamentales, pero que no ha sido considerado homogéneo respecto a un acto anterior.”

Para el máximo intérprete de la Constitución, lo correcto es que al declararse improcedente la solicitud de represión de actos homogéneos por parte del Poder Judicial, no deba considerarse como “cosa juzgada” tal pretensión y pueda presentar una nueva demanda en protección de sus derechos fundamentales con las nuevas circunstancias que, a opinión del Poder Judicial, no resultan equiparables a la sentencia firme anteriormente alcanzada. (2008, fundamento 28-35)

6.2.3.3. Una vista rápida a los aspectos de índole procesal

Aunque la represión de actos homogéneos es una figura que está prevista en el Art. 60 del Código Procesal constitucional, en el Título Correspondiente al Proceso de Amparo. Eso no significa que este limitado o restringida a ese único proceso. El Art. 65 del mismo cuerpo normativo nos menciona lo siguiente:

“El procedimiento de hábeas data será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, salvo la exigencia del patrocinio de abogado que será facultativa en este proceso. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso”.

Si las reglas aplicables al Amparo se aplican al Habeas Data, sería acertado decir que también será procedente tal solicitud en este proceso.

A su vez, en la STC N° 04909-2007-PA/TC; el Tribunal ha admitido la posibilidad de interponer la mencionada solicitud en un proceso de Habeas Corpus, ya que su aplicación es acorde con la misma finalidad que comparte con el proceso de amparo. En ese orden de ideas, podríamos afirmar entonces que la institución de la represión de actos homogéneos puede ser aplicada en todos los procesos constitucionales.

Acerca del Juez Competente, nos referiríamos directamente al Art. 60 del Código Procesal Constitucional analizado en menciona:

“Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declaro lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el JUEZ DE LA EJECUCIÓN”

Aunque la regla general parece indicar que es competencia de este recurso el juez de primera instancia, esto podría variar, puesto que la identificación de acto lesivo pudo no haber sido por un juez de primer grado, sino también por el juez de segundo grado o inclusive el propio Tribunal Constitucional; por lo tanto, se podría afirmar quien es competente el juez (o colegiado) que advirtió originariamente la vulneración del derecho constitucional.

Respecto del Trámite, Contenido de la Resolución, Efecto Inmediatos, así como de los recursos de Impugnación; nos apoyaremos en lo desarrollado por la STC Exp. N° 05287-2008-PA/TC – LIMA, el caso Mario Lovón Ruiz, donde se desarrolla tales puntos del tema a analizar:

Tramite

Dado que su objetivo es evaluar la homogeneidad entre el acto declarado inconstitucional en una sentencia y otro producido con posterioridad a ella, y no la resolución de una controversia compleja, el procedimiento de represión de actos lesivos homogéneos debe ser breve y no estar sujeto a mayores etapas.

Sobre ello el Código Procesal Constitucional prevé lo siguiente:

“Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días”.

De esta norma se desprende que, básicamente, lo que corresponde en este procedimiento es poner en conocimiento del juez el acto considerado lesivo como homogéneo, escuchar la posición de la otra parte y proceder a evaluar si existe homogeneidad.

Una omisión del Código consiste en no haber previsto un plazo para la emisión de la decisión respectiva, lo que no debe ser considerado un obstáculo para emitir dentro de un plazo razonable el pronunciamiento correspondiente. En consecuencia, este Tribunal recurriendo nuevamente al principio de autonomía procesal, para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, establece a manera de regla procesal que luego de vencido el plazo de tres días para el traslado del reclamo a la otra parte, el juez dispone prima facie de un plazo equivalente para expedir resolución, atendiendo a circunstancias tales como, la complejidad de la materia, la determinación de la legitimidad en los supuestos de derechos difusos y derechos colectivos, entre otras.

Contenido de la resolución

Siendo finalidad de la represión de actos lesivos homogéneos proteger los derechos fundamentales que han vuelto a ser afectados, corresponde al juez:

- a) Determinar si el acto invocado es homogéneo a uno declarado con anterioridad como violatorio de un derecho fundamental, y
- b) ordenar a la otra parte que deje de llevarlo a cabo.

Ambos aspectos deben quedar claramente establecidos en la decisión del juez. Sobre este tema, el Código Procesal Constitucional (artículo 60°) establece:

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

Los alcances de la primera sentencia, por lo tanto, se extienden al acto considerado como homogéneo. Esto incluye todas las medidas coercitivas previstas para hacer cumplir la sentencia original.

Efectos inmediatos de la decisión

La sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales debe ser actuada en forma inmediata, lo que es acorde con la protección judicial rápida y efectiva que debe existir en materia de amenaza o violación de estos derechos, sin perjuicio de que se interponga un recurso de apelación. Esta opción ha sido acogida por el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

En el caso de la represión de actos lesivos homogéneos, en tanto busca hacer frente a un acto contrario a los derechos fundamentales, corresponde aplicar similar criterio, por lo que la decisión que declara que existe un acto lesivo homogéneo debe tener efectos inmediatos, sin perjuicio de que sea apelada. Esta opción ha sido acogida por el artículo 60° del Código, al establecer que

“La decisión (sobre la represión de actos lesivos homogéneos) tiene efectos inmediatos sin perjuicio de que sea apelada”.

Recursos de impugnación

A fin de garantizar la pluralidad de instancias y en atención al contenido de la decisión, que implica condenar a una persona a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer, debe contemplarse la posibilidad de impugnar la resolución que declara fundada la petición de represión de actos lesivos homogéneos. El Código Procesal Constitucional acoge esta opción en su artículo 60° y establece que “la resolución es apelable sin efecto suspensivo. (2008, fundamentos 26-29)

6.3. Estado de Cosas Inconstitucional

La declaración del estado de cosas inconstitucional es una figura que nació en la jurisprudencia colombiana amparándose en la doctrina de la autonomía procesal y que tiene como objetivo cesar con la violación masiva de derechos fundamentales de diversas personas producto de las fallas estructurales de entidades estatales, a través de las siguientes acciones: i) ordenando a tales instituciones la implementación de medidas y reformas necesarias para solucionar dicho estado, y ii) la expansión de los efectos de la sentencia a personas afectadas por dicho estado de cosas inconstitucional pero no partes del proceso. La característica principal de esta figura es de extender los efectos de una decisión a personas que no participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva.

Esta institución procesal del estado de cosas inconstitucional fue importada por el Perú en la STC Exp. N° 2579-2003-HD/TC en el caso Julia Arellano Serquén, quien interpuso Acción de Habeas Data contra el Consejo Nacional de la Magistratura, a través del Fundamento 18; dónde el Tribunal manifiesta el deseo de proteger los derechos fundamentales, posiblemente vulnerados, de un tercero que no es parte del proceso:

Lo normal es que la sentencia dictada en estos procesos sólo se pueda oponer al “vencido” en juicio. Si un tercero, en las mismas circunstancias, agraviada por el mismo acto, o como consecuencia de una interpretación contra constitutionem de una ley o una disposición reglamentaria, quisiera acogerse a los efectos del precedente obligatorio o a la doctrina

constitucional sentada por este Tribunal Constitucional, no tendrá otra opción que iniciar una acción judicial e invocar en su seno el seguimiento de aquel precedente o de la doctrina constitucional allí contenida. (2003, fundamento 18)

Noción que continua a lo largo de la sentencia:

El Tribunal no sólo puede limitarse a condenar el desconocimiento del carácter vinculante de los derechos; es decir, la insensatez de que no se comprenda que, en particular, todos los órganos públicos tienen un deber especial de protección con los derechos fundamentales, y que la fuerza de irradiación de ellos exige de todos los operadores estatales que realicen sus funciones del modo que mejor se optimice su ejercicio. Es urgente, además, que adopte medidas más audaces que contribuyan a hacer aún más efectiva su función pacificadora de los conflictos de la vida constitucional.

(...) Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público. (STC Exp. N° 2579-2003-HD/TC,2003, fundamento 19)

Siendo estos los requisitos para la declaración de un Estado de Cosas Inconstitucional:

a) Violación generalizada de derechos fundamentales; b) Violación generada por un único acto o por un conjunto de actos; c) Vulneración o amenazas de derechos de personas ajenas al proceso (expansión de los efectos de la

sentencia); d) Si se trata de un solo acto el estado de cosas inconstitucional se declarará si es que se sustenta en una interpretación inconstitucional de una ley o disposición parlamentaria de una institución pública. (Zapata,2014, p.9)

Respecto de los efectos de la Declaración de Cosas Inconstitucional, el Tribunal Constitucional menciona en la misma sentencia:

Ésta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el “estado de cosas inconstitucionales”, se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración. Se trata, en suma, de extender los alcances inter-partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas. (STC Exp. N° 2579-2003-HD/TC, 2003, fundamento 19)

Por lo tanto, Conforme Zapata (2014) son dos los efectos que concibe el supremo intérprete de la Constitución ante la declaración:

- i) Requerimiento específico o genérico a un órgano u órganos públicos para que cesen la vulneración masiva de los derechos fundamentales
- ii) la expansión de los efectos inter-partes de las sentencias en las que se originó el estado de cosas inconstitucional.

(p.9)

En el supuesto que la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional implique que las autoridades u órganos no lleven a cabo una determinada acción, por ser vulneradoras de los derechos fundamentales, si han cesado en su acción, pero, posteriormente, reiteran tales actos respecto de personas que no participaron en el proceso que dio lugar a declaratoria primitiva, estas personas si podría estas

habilitadas para solicitar la represión de actos lesivos homogéneos. Mencionada postura ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional a través de la STC N° 04878-2008-PA/TC en su fundamento 17 donde declaran que, si procede la solicitud de represión, posterior a la declaración de estado de cosas inconstitucional.

6.4. Recurso de agravio constitucional como verificador de la homogeneidad del acto lesivo

Primeramente, debemos analizar lo que se entiende por Recurso de Agravio Constitucional, para comenzar el análisis nos iremos a la fuente misma de esta figura procesal, el Art. 18 del Código Procesal Constitucional:

“Artículo 18.- Recurso de agravio constitucional Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad”.

En palabras del Dr. Luis Castillo (2014):

El legislador parlamentario ha decidido que son dos las instancias procesales a recorrer antes de llegar al TC. La primera es la instancia judicial de Juzgado civil o mixto para el amparo y hábeas data (artículo 51 CPConst), y penal para el hábeas corpus (artículo 28 CPConst.). A esta instancia se accede mediante la demanda constitucional respectiva. La segunda instancia judicial es la de Sala superior (civil, mixta o penal), y a ella se accede mediante el recurso de apelación (artículo 35 CPConst.). Interpuesto este recurso, se abren las puertas para acceder al TC a través precisamente del RAC (artículo 18 CPConst.); siendo la única excepción de la regla la ‘Apelación por Salto’. Así, el Legislador ha previsto dos instancias judiciales y una constitucional para los procesos constitucionales de la libertad. En la medida que estaba obligado a prever una instancia ante el TC, por mandato mismo del Constituyente, resultaba estar dentro de lo permitido establecer una sola o

dos instancias judiciales, pues en ambos casos se habría cumplido con la exigencia de pluralidad de instancias que exige al menos dos instancias. (p. 5)

Siendo así para el Dr. Castillo una institución necesaria y que el Legislador orgánico tenía por motivo una mayor protección de los derechos fundamentales al redactar la norma; ya que el Tribunal constitucional podrá intervenir como el intérprete de la Constitución en la protección de los derechos fundamentales agredidos en unas concretas circunstancias, a través del RAC. Noción similar a la expresada por López Florez (2015) que nos indica que:

Con el RAC se pretende la revisión de las cuestiones de fondo contenidas en una resolución, y se realiza un examen de las actuaciones realizadas por el juzgador para la emisión del acto procesal (auto o sentencia). Subsana la falibilidad del juzgador, a los efectos de lograr la eficacia del acto procesal. Su objeto de control es una sentencia o una resolución judicial que, o bien es gravosa para una parte, o bien no se ajusta a normas procesales. Corrige el error contenido en las resoluciones judiciales constitucionales. Estos defectos o errores pueden estar impregnados en la misma actividad procesal o en el mismo juicio del órgano judicial consistente en una errónea interpretación de la ley o de la Constitución Política. Es un recurso extraordinario, toda vez que no puede invocarse libremente y bajo cualquier pretexto, sino que la Constitución y la propia ley procesal constitucional delimita en forma excluyente los supuestos en los que procede. Por medio del RAC, el Tribunal Constitucional adquiere la competencia para conocer de la pretensión del proceso constitucional (vulneración de derechos constitucionales), pero delimitándolo al caso en que la pretensión del demandante haya sido denegada por el juzgador de segunda instancia. Es extraordinario también porque para su interposición se exigen motivos taxativos, esto es, que se haya declarado improcedente o infundada la demanda constitucional. No procede, pues, contra cualquier resolución, sino cuando existe una denegatoria de la demanda en segunda instancia. En este

escenario, únicamente el demandante puede llegar al grado constitucional, nunca el demandado (salvo supuestos jurisprudenciales excepcionales relacionados con asuntos de narcotráfico o terrorismo). (p.183)

En esa línea de ideas, se venía funcionando, incluso en la sentencia del Exp. N° 05287-2008-PA/TC señala que:

En este sentido, si el propio órgano que emitió el fallo que declaro fundada la demanda-en este caso una Corte superior- ha considerado que el nuevo acto producido no es homogéneo a aquel que considero contrario al ejercicio de un derecho fundamental, no corresponde que esa decisión sea revisada por **un órgano superior diferente que no intervino en el desarrollo del proceso constitucional**. Siendo así, el Tribunal Constitucional carece de competencia para conocer el pedido de represión de actos lesivos homogéneos presentado por el recurrente. (2008, fundamento 31)

Es decir que el Tribunal Constitucional era ajeno al conocimiento de este recurso, siendo único y exclusivamente del Poder Judicial. Al menos este criterio se mantuvo hasta que se emitió, de manera sorpresiva la STC Exp. N° 05496-2011-PA/TC, donde el tribunal constitucional en uso de su autonomía procesal, menciona lo siguiente:

Por las consideraciones antes expuestas y en mérito de lo dispuesto en el Art. VI Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, El tribunal Constitucional reitera su competencia para el conocimiento de los incidentes que generen las solicitudes de represión de actos lesivos homogéneos presentadas ante el juez de ejecución luego de cumplida o ejecutada la sentencia constitucional, correspondiendo en este caso al Poder Judicial conceder el recurso de agravio constitucional verificador de la homogeneidad de acto lesivo, según trate de una sentencia emitida por el poder judicial o una emitida por el Tribunal Constitucional. Asimismo, y de denegarse el recurso antes referido, el recurrente tendrá expedito su derecho a interponer recurso de queja conforme a lo establecido en el Art. 19 del Código Procesal Constitucional. (2011, fundamento 10)

Tal pronunciamiento, a mi entender, sería innecesaria y obstaculizadora. Obstaculizadora porque, aduciendo una autonomía procesal, estarían invadiendo competencias ajenas a las facultades del Tribunal Constitucional, todo ello para modificar lo mormado previamente por el legislador ordinario. Noción que baso en lo mencionado por Jürgen Habermas (1998) que reconoce que “un Tribunal Constitucional al considerar a los derechos fundamentales como bienes o valores que han de ser ponderados en el caso concreto convierte al Tribunal en un negociador de Valores, en una “instancia autoritaria” que invade las competencias del legislador y que aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ellos cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los normativos”(p. 525); agrega además que “la vulneración de derechos constitucionales debe ser tutelada en el mismo proceso y a través de los medios ordinarios, normalmente los recursos” (Habermas, 1998, p. 332).

En ese orden de ideas, considero este pronunciamiento contrario al principio de Separación de Poderes del Estado Constitucional de Derecho, decayendo en innecesario tal recurso como mencione previamente de manera genérica. Lo correcto al declararse la improcedencia de la solicitud de represión por parte del Poder Judicial, el afectado inicie un procedimiento constitucional completamente nuevo contra aquel acto “nuevo” que a modo de ver del Poder Judicial afecta derechos fundamentales diferentes a los mencionados en la sentencia firme primitiva.

Contrario sensu, hay autores que consideran que este pronunciamiento como necesario para el control constitucional. Torres Bustamante (2013) menciona que:

En el caso del embajador Lovón Ruiz-Caro, se presentó la situación que la Sala Superior estimo la demanda de amparo y denegó la solicitud de represión. Aparentemente podemos decir que el TC obra bien, toda vez que, si no conoció del principal y, por consiguiente, no se pronunció al respecto; menos podría hacerlo en un proceso que para su solución depende de aquel. (p.41)

Aunque esta postura es favorecedora por motivos proteccionistas, mantengo la postura contraria a la constitucionalización absoluta del derecho. El Tribunal Constitucional debe interpretar los valores y principios constitucionales de manera restringida, en pro de la sociedad colectiva y no en la protección individualista.

Capítulo II: El Amparo Colectivo - La Acción de Clase o Grupal

1. Historia de la Acción de Clases

Para el presente trabajo tomaremos en consideración lo desarrollando por Villamil (2017), como referencia para el presente tema. Yeazell (1977) menciona que “el litigio colectivo posee hondas raíces en el sistema del derecho anglosajón” (p.867). Los estudiosos de la narrativa histórica en esta temática han rastreado los orígenes del litigio de grupo desde antecedentes que se remontan hasta hace casi un milenio, en casos presentados ante las Cortes inglesas de Equidad: “*Courts of Chancery*”

Así, en Inglaterra existían dos jurisdicciones cada una con sus propias competencias: la jurisdicción del Derecho (*law*) y la jurisdicción de la Equidad (*equity*). La primera, de naturaleza rígida, burocrática y formal, con asistencia de un jurado, se encargaba de cuestiones relativas a obligaciones pecuniarias e indemnizaciones (*money damages*), mientras que la segunda, creada de forma suplementaria, de cariz más flexible y principalista, se encargaba de la toma de decisiones de naturaleza declarativa (*injunctions*). (Yeazell, 1979, p. 1087).

Fornaciari (2010) menciona que:

Debido a la naturaleza de las Cortes en Derecho, no se permitía el litisconsorcio facultativo, explicitando que todas las partes de la relación jurídica debían comparecer ante el juez (*Necessary partie rule*) a efectos de

que la sentencia que se dictara en dichos procesos tuviera efecto *erga omnes*. Situación que con el paso del tiempo demostró que, al existir un número muy alto de sujetos, la ausencia de uno litisconsorte, detenía el pronunciamiento judicial. (p. 35)

Yeazell (1977) por su lado afirma “dicha regla, en cuanto al litisconsorcio necesario, encontró sus excepciones en prácticas de las Cortes de Equidad” (p. 867); que facultaban la incoación de acciones representativas por un sujeto en representación de varios.

“El litigio grupal durante los siglos XII a XVII estuvo arraigado en las Cortes inglesas para ciertos grupos sociales, tales como campesinos, habitantes de villas, párrocos y parroquianos, mineros, terratenientes y sus ciervos” (Adams y Donahue, 1981, pp. 8-9), y se caracterizaba por ser común que estos procedimientos se surtieran por grupos tanto del lado activo como del lado pasivo de la relación procesal, es decir, que se dedujeran pretensiones tanto a favor como en contra de grupos; además, porque en estos casos los derechos sustantivos en juego eran producto de costumbres locales más que de leyes generales.

En ninguno de los casos conocidos para esta época involucraba perjuicios de naturaleza pecuniaria puesto que todas las disputas provenían de grupos calificados: comunidades rurales, señoriales y parroquiales, conocidos como *manor or parish communities*. Los *procesos colectivos* en su primigenia forma diferían frente al actual dispositivo de litigio agregado denominado acción de clase, tanto en lo que se buscaba adelantando el proceso colectivo como en cuanto a las funciones para las cuales servía, así como por la noción de grupo que era inherente al litigio masificado de aquella época. (Yeazell, 1977, p. 871)

El litigio grupal de los siglos XII - XVII tenía como objeto el mantenimiento de las relaciones jurídicas que acontecían dentro de los límites del feudo. El litigio de grupo funcionaba como una forma de control de la costumbre que gobernaba tanto las relaciones señoriales como las parroquiales. En estos litigios se conformaban grupos sociales cuyos miembros vivían, trabajaban, convivían juntos; tenían

conocimiento de la controversia en incluso podían expresar su voluntad o seleccionar a quien ejercería la representación del grupo cohesivo.

Esto generaría consecuencias de orden procedimental, distintas de la actual acción de clase, pues “al coexistir tan cerradamente dichos conglomerados no hacía necesario algún certificado que los reconociera como grupo, y aspectos como el estudio de la idoneidad del representante nunca surgían” (Hensler, 2013, p. 2); tal y como señala Yeazell (1979):

Una vez más, la cohesión y organización preexistentes del grupo, implicaban que los aldeanos podían valerse de las ventajas de una acción concertada e insistir en el tratamiento colectivo, sin necesidad de obtener certificación judicial. Tanto la cohesión como la facilidad comunicativa de los litigantes significo que aquellos primigenios casos, no desempeñaban las funciones que hoy en día tendemos a asociar al litigio colectivo. (p.878)

Hensler (2003) menciona que “con el paso del tiempo el litigio de grupo, pensado para comunidades rurales y pequeños causas, tuvo que adaptarse a nuevos conglomerados sociales, ya no unidos por una costumbre inmemorial y relaciones estrechas, sino más bien unidos laxa y temporalmente por intereses comunes” (p. 3), como son los entes societarios (*Friendly societies & Joint-Stock Companies*). Este hecho originó la caída del litigio grupal a lo largo d Inglaterra a principios del siglo XIX; pues a partir de aquel momento, “las previsiones legales de orden sustantivo comenzaron a contemplar los casos de pleito grupal que antes eran resueltos por las Cortes de Equidad, hasta el punto de que por 1875 se abolieron las Cortes de Equidad como cortes autónomas, renunciando a esta rama de la jurisdicción” (Yeazell, 1979, p. 1087).

La migración de las prácticas de la *equity* inglesas hacia los Estados Unidos tuvo como primer impulsor al Juez Joseph Story, quien durante la década de los años 30 del siglo XIX publicó una serie de tratados relacionados con el estudio de casos europeos, además de ser el precursor al desarrollar la “primera regla del litigio grupal norteamericano”, que posteriormente serviría

de fundamento para la Regla Federal de Equidad N° 48. (Yeazell, 1979, p. 1091)

Dicha regla fue pronunciada por el Juez Story en el caso *West v. Randall* (1820), donde se señaló:

“Donde las partes son tan numerosas, que el Tribunal percibe que será casi imposible que todos comparezcan en el proceso, o donde el asunto revela una cuestión de interés general y unos pocos podrían incoar acciones en beneficio de todos; o donde los miembros del grupo voluntariamente se asocian con una finalidad pública o privada, y con justicia se pueda suponer que representarán los intereses o derechos de la totalidad del grupo; en esos casos y otros análogos, si el escrito inicial pretende no solo en nombre de los demandantes, sino de todos los interesados, la ausencia de los miembros ausentes será desechada y el tribunal procederá a fallar”.

Tomando como fundamento la regla prevista por Juez Story en dicha decisión, en 1842 la Corte Suprema de los Estados Unidos (SCUS, por sus siglas en inglés), promulgó la “Equity Rule 48”, la cual contemplaba una acción representativa en caso de numerosidad en los extremos de la relación procesal, previendo que el pronunciamiento no cobijaría a los ausentes.

En el año de 1853, aún bajo la égida de la Equity Rule 48, la SCUS, se pronunció en el marco de la causa *Smith v. Swromstedt*, donde sostuvo que el proveído final en un caso de carácter colectivo ligaba también a los miembros ausentes de aquel. Conforme a esta decisión, en el año 1912 la SCUS promulgó una nueva versión de las reglas de equidad: la Equity Rule 38, la cual según Hensler et al. y Yeazell, a pesar de su sencillez en cuanto a la redacción, contemplaba que los efectos de la decisión cobijaban a los miembros ausentes (Hensler, 2000, p. 1).

Dicha previsión gobernó el desarrollo del litigio colectivo en los Estados Unidos por más de un cuarto de siglo, antes de que nuevamente se revisaran las reglas procesales destinadas a regular la temática. “Para el año 1938 se expidieron las

RFPC, las cuales modernizaron el andamiaje del procedimiento civil norteamericano en el ámbito federal, unieron las competencias del derecho y la equidad” (López, 2011, p. 24), e introdujeron una nueva normativa en relación con el litigio grupal, que a partir de entonces se denominó acciones de clase.

El Comité Consultivo, convocado para tal efecto, tenía como objetivo esbozar reglas de naturaleza eminentemente procesal, sin afectar ni generar cambios en derechos sustantivos, codificando para tal efecto los casos en los cuales podría traerse una acción siguiendo a Harkins, el primer intento adoptado bajo la RFPC 23 tenía como finalidad codificar, más que reformar.

Harkins (1997) menciona que en su versión original la RFPC 23 tenía las siguientes características:

- a. Representation. If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure the adequate representation of all may, on behalf of all, sue or be sued when the character of the right sought to be enforced for or against the class is (1) joint, or common, or secondary in the sense that an owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it; or (2) several, and the object of the action is the adjudication of claims which do or may affect specific property involved in the action; or (3) several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief is sought.
- b. Provision relating to shareholder suits.
- c. Dismissal or Compromise. A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court. If the right sought to be enforced is one defined in paragraph (1) of subdivision (a) of this rule, notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs. If the right is one defined in paragraphs (2) or (3) of subdivision (a), notice shall be given only if the court requires it.

(p. 705)

Conforme a la RFPC 23, se reconocían tres tipos distintos de acciones colectivas, cuyo criterio diferenciador tomaba como base los distintos tipos de interés llevados al proceso. Las acciones colectivas, nos menciona Harkins (1997) se clasificaban en:

- Acción de clase verdadera (true class action), (a)(1) versaba sobre derechos compartidos (verdaderos derechos colectivos) por todos los miembros de la clase, y cuyo pronunciamiento, a su vez, se extendía a todos los miembros del grupo
- Acción de clase híbrida (hybrid class action) (a)(2), se enfocaba sobre derechos específicos de propiedad, en los cuales los intereses del grupo no eran compartidos ni articulados, sino varios y divisibles, de tal forma que esos diversos intereses podrían verse afectados por el resultado del litigio; en esta categoría la cosa juzgada, frente de los miembros ausentes, se daba en algunos aspectos, mas no en todos (Hensler, 2000, p. 12).
- Acción de clase espuria (spurious class action), (a)(3) no era considerada una verdadera acción de clase, sino un mecanismo de litisconsorcio facultativo (*permissive joinder mechanism*), a través del cual el grupo se formaba únicamente por la presencia de aspectos comunes de hecho o de derecho, y no por una relación preexistente, como en las dos anteriores

A su vez, la cosa juzgada solo se extendía a las partes representativas y a aquellos miembros ausentes que hubieren manifestado su voluntad de intervenir (una característica denominada '*opt in*'). (p. 706)

“La diferenciación entre los tres tipos de acciones grupales era considerada demasiado sutil y de difícil comprensión incluso para los abogados, doctrinales y órganos jurisdiccionales” (Cornell University Law School, 2014, pp. 156-157). Por eso motivo, en 1960 se creó un Comité Consultivo para la reforma de las RFPCs, la cual concluyó en una nueva forma para la RFPC 23 en 1966. Esta nueva forma de la RFPC estableció las características propias de la acción colectiva (class action) que hoy conocemos: *numerosity, commonality, typicality, adequacy of*

representation; así como las diferentes hipótesis de cabimiento, eliminando lo que se entendía como *true, hybrid, y spurious class actions* previamente desarrollados.

Lamentablemente no todo cambio es bien recibido; Hensler (1977) menciona que: “Las décadas posteriores a la reforma del año 1966 trajeron consigo vientos de guerra sobre las acciones colectivas norteamericanas, pues con el paso del tiempo la alteridad en los intereses de los distintos gremios sociales (empresas, comerciantes, soldados, abogados, jueces, ciudadanos, etc.) presentaban a dicho procedimiento, bien como algo divino, o bien como algo perverso” (p. 866).

Así pues, la sociedad litigiosa de los Estados Unidos vio surgir nuevas formas de reclamar colectivamente los derechos —money damages, mass tort suit, prospective class members— y las consecuencias que su uso moderado o exacerbado acarrearán, ante lo cual durante casi treinta años se formularon y buscaron modificaciones a la RFPC 23, específicamente el esquema (b)(3),¹² sin ningún éxito. (Hensler, 2000, p. 17)

Ahora bien, entre los años 1966-2015 se presentó una serie de modificaciones a la RFPC 23 (Cornell University Law School, 2014, pp. 157); la más resaltante de ellas conforme lo es la que aconteció en el año 2003 en la cual se introdujo el literal (g) a la RFPC 23, en la que “facultaban al juez la verificación de una representación adecuada del grupo, tanto sobre el representante de la clase como del abogado que ejercía la defensa procesal durante el litigio” (Gidi, 2003, p.369). Este hecho resulta ciertamente contradictorio, ya que existiría una desvirtualización de la representación del “miembro elegido por la clase” y se brindaría un mayor poder de representación al “abogado”. Esta observación radica en el hecho que con un abogado que representa a “la clase”, el miembro elegido para la representación se convierte en una simple formalidad sin una verdadera utilidad.

2. Regla Federal de Procedimiento Civil 23: Requisitos explícitos, requisitos implícitos e Hipótesis de Cabimiento.

Estados Unidos de Norteamérica tiene un sistema político muy peculiar al mismo tiempo muy complejo: El sistema federal. Dado que cuenta con esta forma, cada uno de los cincuenta estados que conforman la federación, cuentan con su propia

legislación procesal y sustancial; al igual que su propio sistema jurisdiccional. El gobierno federal mantiene una “Corte de Competencia Nacional”, como una instancia superior, así como instancias federales, y de apelación, en cada estado miembro. Para el presente trabajo analizaremos la aplicación de la RFPC 23 aplicado en el sistema federal, ya que la práctica en cada estado puede variar, justamente por la autonomía legislativa que cada Estado posee. Como Alexander Cooper (2000) menciona: “La RFPC 23 no solo ha servido no solo ha servido de modelo para la mayoría de las regulaciones estatales en cuanto a las acciones colectivas, sino que es el más desarrollado, además del más conocido a lo largo del país” (p.4); a esto podríamos agregar que no solo ha servido de modelo en Norte América, sino que ha influenciado en varios países de Latinoamérica,

“La RFPC 23, en sus dos primeros literales, gobierna los requisitos a través de los cuales una acción colectiva se certifica, es decir, se le da la connotación jurídica y procesal de grupo” (Cooper, 2000, p. 6). El literal (a) contempla los 4 requisitos que describimos anteriormente, los cuales deben ser acreditados por los representantes (representante colectivo y representante procesal) para que proceda tal pretensión. Estos requisitos son:

- Numerosidad;
- Existencia de situaciones de derecho o hecho comunes al grupo;
- Que las peticiones o defensas procesales del representante sean típicas a los demás miembros del grupo;
- Que el representante de la clase y su abogado gestionen adecuada y justamente los intereses del grupo, es decir, que tengan una adecuada representatividad.

Los órganos jurisdiccionales hacen uso de criterios como la importancia o relevancia de las pruebas (*preponderance of evidence*), o la aplicación lógica y razonable de la discrecionalidad (*limited abuse of discretion standard*), para asegurar el cumplimiento de los requisitos plasmados en el literal (a) y dar viabilidad a la acción colectiva (Summers, 2014).

2.1. Requerimientos explícitos de admisión

La numerosidad (a)(1): Este primer requisito implica dos aspectos muy importantes, primero que el número de miembros del grupo sea tal que un “litisconsorcio” sea impracticable; segundo la impracticabilidad del litisconsorcio no está sujeto a criterios numéricos o cuantitativos, sino a la impracticabilidad del litisconsorcio individual en sí mismo.

La certificación de este requisito no ha sido unánime, ya que el criterio de impracticabilidad por numerosidad es muy subjetivo, lo cual ha decantado en la deficiencia de usar alguna fórmula legal para dar cumplimiento. Los pronunciamientos de los tribunales han sido también variados; la mayor parte de la doctrina apoya lo mencionado en el caso Stewart VS. Abraham del 2001, donde se estipuló que era necesario 40 miembros para conformar el grupo, adicionalmente que existan ciertas circunstancias que imposibiliten su comparecencia. Otros pronunciamientos han considerado que era suficiente para acreditar el grupo con once miembros, según el caso Peoples vs Sebring Capital Corp, el caso de Fairpress Act del año 2005 previo que para una competencia federal es necesario tener cien o más miembros. Otros casos no han determinados un valor cuantificable, sino que han manifestados que representación adecuada de un grupo implica por lo menos el esfuerzo mínimo para citar al proceso a los posibles afectados, como se vio en el caso Eisen Vs. Carlisle & Jacqueline de 1974.

Las posturas por lo tanto no son unánimes, y el pragmatismo típico de los norteamericanos tiene factores comunes para determinar la acreditación de la numerosidad, como son: la distribución geográfica del grupo; el nivel de dificultad en encontrar e identificar a los miembros individuales del grupo; la composición interna del grupo en cuanto a sus miembros, el tamaño de las pretensiones individuales y el interés en adelantar acciones individuales, entre otros (Summers, 2014).

Existencia de cuestiones de hecho y derechos comunes (a)(2): Este requisito tiene una implicancia muy interesante. En palabras simples, como fue desarrollada en el caso Baby Neal VS. Casey de 1994, no todas las cuestiones de hecho y de

derecho deben ser comunes en todos y cada uno de los miembros que conforman el grupo, por lo que la existencia de hechos aislados y diferentes en cada miembro no evitan que se certifiquen como grupo. Sin embargo, la existencia y acreditación de determinadas situaciones de hecho y de derecho deben situar al demandado en una posición común frente a los demandantes, lo cual brinda procedibilidad a que la pretensión sea llevada en un único proceso. Ahora bien, dicho requisito “exige la existencia de un núcleo común de controversia entre todos los miembros” (Bahe-Jachna, 2010, p. 40); lo cual implica que el abogado de la parte representativa demuestre que todos los miembros de la clase han sufrido una misma lesión (Caso General Telephone Company of the Southwest VS. Falcon de 1982). Ahora bien, Bahe-Jachna (2010) menciona que: “existirá una cuestión común (de hecho, o derecho) cuando la situación común a todos los miembros del grupo pueda ser resuelta en una única audiencia, o a través de un único procedimiento” (p. 57).

Contrario sensu, si se verifica que las cuestiones de hecho y de derecho son independientes para cada persona y no sitúan al demandante en una posición común ante todos, no se configurara la *class action* en los términos solicitados. Verbic (2007) menciona que: “Para que el juez certifique la clase, se requiere que todos los miembros, por lo menos, tengan un elemento en común, lo que no significa que puedan existir cuestiones fácticas y jurídicas diferentes entre los miembros” (p. 17).

De otra parte, la deficiencia en cuanto a la prueba del requisito de cuestiones de hecho o derecho comunes al grupo no acarrea necesariamente la no certificación del mismo, pues el juez al visar este tipo de situaciones puede limitar, redefinir la clase, crear subgrupos o limitar la controversia.

Tipicidad (a)(3): este requisito implica que las pretensiones o defensas del abogado representativo sean análogas a los de los miembros del grupo o clase. Verbic (2007) menciona que:

lo que se busca es que exista un nexo suficiente entre los reclamos del representante y los de los miembros del grupo. En razón de esto se analiza si las circunstancias individuales del reclamante y la teoría legal en la cual se

fundan los reclamos, difieren de aquellas en las cuales se fundan los reclamos de los miembros ausentes. De forma que, si las defensas o pedidos se fundan en un mismo curso de eventos y se sustentan en la misma teoría jurídica, se acreditará el requisito. (p. 63)

Conforme lo desarrollado en el caso *General Telephone Company of the Southwest VS Falcon* de 1982, debe verificarse que los intereses de los miembros ausentes se encuentren justa y adecuadamente representados; y que la pretensión del representante este en sintonía con los intereses de estos últimos. “Contrario sensu, de no acreditarse por existir situaciones individuales con suficiente entidad que interfieran en lo típico de las reclamaciones, cabe al juez, previo a desechar la pretensión, la reorganización del grupo o la búsqueda de un nuevo representante con defensas típicas” (Fornaciari, 2010, pp. 40).

Finalmente, **Representación adecuada (a)(4)**: Este requisito es una condición esencial para que la sentencia pueda vincular a los miembros ausentes del grupo. Verbic (2007) menciona que “el juez verifica que no existan conflictos sustanciales entre los intereses del representante y los miembros ausentes de la clase” (p.18). Por lo general, se exige que el representante de la clase cuente con todas las condiciones necesarias para afrontar una defensa apropiada, “entendiendo que la representación justa y adecuada implica que el resultado de la *class action* no sería mejor que el que pudiera obtener cada uno de los miembros ausentes de la clase si actuaran en forma individual” (Bahe-Jachna, 2010, pp. 63).

En ese orden de ideas, si la representación del grupo no es la adecuada, el proceso no generaría efectos en los accionantes, además de afectar su derecho al debido proceso. Por lo general, el juez para certificar la clase verifica que su representante haya preparado correctamente los hechos del caso, cuente con la experiencia necesaria en esta clase de acciones, tenga un conocimiento amplio sobre la ley y cuente con los recursos necesarios para llevar a cabo su labor. Incluso, en ocasiones el juez puede examinar el comportamiento que el representante ha tenido en otros procesos.

2.2. Requisitos implícitos

Summer (2014) menciona que más allá de los cuatro requisitos explícitos previamente desarrollados, existen requisitos implícitos como son: la existencia de una clase definible, un reclamo vivo (*live claim*), y la legitimación en causa de la parte representativa (*standing to sue*). Personalmente considero que más que implícitos, estos son especificaciones pragmáticas de los requisitos originales. Sin embargo, pasaremos a desarrollarlos a continuación:

- La existencia de una clase definible. - La certificación del grupo debe ser factible, y el órgano jurisdiccional debe estar en la capacidad de definir el grupo basándose en criterios objetivos, para identificar a todos los miembros que componen la clase. Anteriormente, en el acapicé dedicado a cuestiones de hecho y de derecho, desarrollé cuales son los criterios pragmáticos que el juez norteamericano puede hacer uso. En el caso Mueller VS. CBS Inc. del año 2001 se estipuló que los criterios utilizados o señalados por el accionante que busca la certificación deben ser sencillos y utilizables por el juez, so pena de que se rehúse dicha decisión. López (2011) menciona que debido a la complejidad que radica identificar a cada uno de los miembros “la clase se certificará preliminarmente, y durante el curso del trámite podrán añadirse o excluirse miembros de esta. Dentro del abanico de opciones que posee el juzgador ante la no definibilidad del grupo, está: negarlo, limitarlo o redefinirlo; denegar la certificación; o permitir las acciones individuales de aquellos miembros que han sido determinados” (p. 31).
- Un reclamo vivo (*live claim*). - López (2011) menciona que “la petición o defensa introducida por el representante sea factible y no insignificante, o sumamente debatible (p. 32); en tal caso, otro representante cuya petición sea válida podrá asumir la gestión del grupo. Este requisito no es diferente del concepto propio de representatividad en el derecho procesal común.
- La legitimación en causa de la parte representativa (*standing to sue*). - Finalmente, el último requisito implícito consiste en que el representante del grupo o de la clase debe ser miembro del grupo, haber sido víctima y tener un interés común con el resto de miembros.

2.3. Hipótesis de cabimiento

La hipótesis de cabimiento se encuentra su origen en el apartado B de la RFPC 23

Apartado B.1. menciona que:

“El enjuiciamiento de acciones separadas por o contra miembros individuales de la clase crearía un riesgo de:

- a. Sentencias incompatibles o variables con respecto a los miembros individuales de la clase que establezcan normas de conducta incompatibles para la parte demandada;*
- b. Sentencias respecto a los miembros individuales de la clase que, como cuestión práctica, serían contrarias de los intereses de los demás miembros que no sean partes en las sentencias individuales o menoscabarían o impedirían sustancialmente su capacidad de tutelar sus intereses”.*

Este primer apartado reconoce que la acción de clases tiene por finalidad evitar una contradicción en las decisiones, así como evitar que el demandado realice múltiples actividades que vulneren o menoscaben el algún extremo los intereses de los miembros del grupo que ejercieron su acción individual.

Como mencione anteriormente, en 1966 se creó un Comité Consultivo para la reformulación de la RFPC 23, donde se señaló lo siguiente:

“Cuando una persona tenga derechos en contra o deberes hacia un número elevado de personas que constituyen un grupo o clase y se halle en una posición tal que las múltiples decisiones proferidas en procesos individuales establezcan obligaciones o mandatos conflictivos o variables respecto de cómo debe actuar. La acción de clase puede ser usada efectivamente para obviar el dilema que confronta quien se opone al grupo”. (Villamil,2017, p.15)

Apartado B.2. menciona que:

“La acción u omisión de la parte demandada influyo de manera general a toda la clase, de modo que la decisión judicial final debe se apropiada y respetar la clase como un todo”

Tal como lo estipula la normativa, este apartado busca que el actuar del demandado sea uniforme y apropiada a la totalidad del conglomerado. De tal modo que la declaración de un grupo y la decisión que se pueda emitir en el proceso sea en beneficio de cada uno de los miembros de la clase.

Así el Comité Consultivo de 1966 se afirma que:

“Esta subdivisión busca tocar aquellas situaciones en las que la parte ha actuado o se ha rehusado a hacerlo con respecto a la clase, y una decisión de naturaleza declarativa o mandatoria acerca de la legalidad o ilegalidad de dicho comportamiento, con respecto a la clase, es apropiada” (Villamil, 2017, p.15).

Apartado B.3. menciona que:

“El Tribunal constata que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier cuestión que afecte únicamente a los miembros individuales, y que una acción colectiva es superior a otros métodos disponibles para adjudicar justa y eficientemente la controversia.”

Ante esto, Cooper (2000) menciona que “La acción de clase más atractiva en la medida que las pretensiones individuales son muy bajas, y resulta más costoso adelantar un litigio, en relación con lo que se va a recibir en la sentencia” (p.4)

3. Casos de *class actions* por violaciones graves a los derechos humanos

El sistema anglosajón ha establecido que las *class action* son mecanismos adecuados y efectivos para tramitar casos relacionados con graves vulneraciones a los derechos humanos. Por lo general, las acciones de clase por asunto común y por limitación de fondos, enunciadas anteriormente, se han consolidado como los instrumentos para hacer efectivo el sistema de responsabilidad general. Con el propósito de ejemplificar algunas situaciones particulares relacionadas con la forma

como se ha tramitado este procedimiento, el presente acápite hará énfasis en algunos casos relacionados con la responsabilidad de multinacionales que se han visto implicadas en violaciones, directas o indirectas, a los derechos humanos. Los casos que serán descritos a continuación no siempre han sido exitosos, toda vez que cuestiones de carácter procedimental han impedido su certificación. A pesar de lo anterior, estos casos presentan valiosos aportes que son relevantes para conocer si por medio de una acción colectiva es posible reparar a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

3.1. El caso Hilao contra Marcos Carillo (2009) considera que “este caso tramitado en contra del ex presidente de Filipinas Ferdinand Marcos, fue la primera *class action* sobre derechos humanos litigada en los Estados Unidos en 1986” (p.116). El Tribunal Judicial en los Estados Unidos declaró por primera vez una clase conformada por “ciudadanos filipinos y sus descendientes”, todos ellos víctimas de tortura, ejecución y desaparición; ocasionados por fuerzas militares y fuerzas paramilitares bajo el comando de Ferdinand E. Marcos en el periodo comprendido entre 1972 y 1986.

Al ser el caso pionero que marcó el inicio de la vida procesal de la figura de la acción de clase, abrió la posibilidad de que violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos fundamentales puedan recurrir a la justicia de manera colectiva. Sin embargo, también evidenció los principales problemas al momento de declarar una acción de clases: la definición judicial del grupo vulnerado. Es así que se hizo resaltante un grave problema relacionado con una definición demasiado amplia al momento de definir los integrantes del grupo, que en el caso mencionado incluía a la totalidad de los habitantes de Filipinas, siendo así de carácter desmesurado e ilimitado. Pese a los argumentos de la defensa, el órgano jurisdiccional certificó que la clase sí era limitable y se encontraba limitada a aproximadamente 10 000 sujetos (Caso Maximo Hilao Vs. Ferdinand Marcos, p. 774).

Para finalizar, Tribunal Judicial en los Estados Unidos concedió a las 9 539 víctimas, que acreditaron los requisitos para pertenecer al grupo, una indemnización equivalente U\$1' 964'005'859.00. La cuantía de la indemnización a su vez fue

dividida en tres categorías conforme las características de las víctimas: tortura, ejecución sumaria y desaparición.

3.2. Los casos Karadžić

Los casos de Karadžić son dos que fueron desarrollados dentro del marco procesal de la acción de clases; ambos procesos fueron en contra de Radovan Karadžić por cargos como violaciones sexuales, prostitución, embarazos forzados, tortura, ejecuciones, etc.

Por un lado, tenemos a Doe Vs. Karadžić. La denuncia contra Radovan Karadžić fue presentada por las víctimas y sobrevivientes de los crímenes cometidos en Bosnia durante la guerra de Bosnia en 1992-1995. Las víctimas pidieron indemnización por todo el daño sufrido a lo largo del citado periodo, por crímenes que incluyen violaciones, asesinatos, agresiones físicas, daños psicológicos/emocionales, comisión de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad contra musulmanes bosnios y croatas en el campo de concentración de Trnopolje. La reclamación fue presentada sobre la base de la Ley de Agravio Extranjero. En el 2016, Radovan Karadžić, ex líder político serbobosnio, fue condenado a 40 años de cárcel por genocidio y crímenes de guerra y contra la humanidad por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY). El fallo le considera responsable político del genocidio de la ciudad de Srebrenica, donde en 1995 fueron asesinados 8.000 varones musulmanes, por haber intentado destruirlos como pueblo. También le condenan por el sitio de Sarajevo, capital bosnia, donde hubo unos 12.000 muertos entre 1992 y 1996.

En este caso, los demandantes argumentaron que la declaración de grupo debía llevarse a cabo a través de una “acción de clase por fondos limitados” debido a la insuficiencia de fondos para pagar las indemnizaciones, estos debían acudir dentro del mismo proceso. Lamentablemente, aunque en 1996 se declaró “la clase” con tal característica, 4 años después está perdió tal certificación, por cuanto los demandantes no habían definido los límites del fondo para pagar indemnización y tampoco habían demostrado que los recursos eran insuficientes para las

indemnizaciones. El Tribunal estableció que el demandado no era un colectivo, sino un sujeto individual “in personam” (Caso Doe Vs. Karadžić, 2000, párr. 141-145).

Los demandantes continuaron el trámite del caso y lograron que se reconociera una indemnización para los 21 demandantes, víctimas y familiares, que habían sido parte del proceso primitivo. El 5 de octubre de 2000, el tribunal reconoció una indemnización de U\$ 407 millones y una sanción por daño punitivo de U\$3.800 millones.

En el caso Kadic Vs. Karadžić, por su parte, Los demandantes Kadic eran dos grupos de refugiados bosnios que buscaron daños por actos que incluyen: "genocidio, violación, prostitución forzada e impregnación, tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, asalto y agresión, desigualdad sexual y étnica, la ejecución sumaria y la muerte por negligencia ". Afirmaron que Karadzic, como el autoproclamado líder de una entidad conocida como República de Serbia y Bosnia (República Srpska), había ordenado a las personas bajo su control que cometieran estos actos. Los demandantes iniciaron sus acciones acogiéndose a la Ley de Reclamaciones por Agravios Extranjeros y la Ley de Protección de Víctimas de Tortura. Karadzic recibió la queja de los demandantes en dos ocasiones durante las visitas a Nueva York para negociaciones por invitación de las Naciones Unidas. El tribunal estableció que los 14 demandantes, víctimas y familiares, que habían concurrido al proceso debían ser indemnizados con U\$ 265 millones y una sanción por daño punitivo de U\$480 millones (Kadic Vs. Karadžić, 2000).

3.3. El caso de la Iglesia Presbiteriana de Sudan vs Talisman Energy, Inc

La compañía petrolera canadiense Talismán Energy colaboró con el gobierno sudanés en una supuesta limpieza étnica e incluso alentó al gobierno a que lo hiciera. Los demandantes afirman que la compañía proveyó material a sabiendas que iba a ser usado en tales actividades. Se desarrolló una estrategia cuasimilitar conjunta de limpieza étnica, genocidio y crímenes contra la humanidad, contra la población civil, lo cual incluía delitos como ejecuciones sumarias, desplazamientos forzados, secuestros, violaciones sexuales y esclavitud. Talismán se beneficiaba de la creación de este cordón sanitario alrededor de las áreas en las que realizaba sus

actividades petroleras para expandir su capacidad de explotación y proteger las áreas de transporte del combustible. El presidente Bush declaró a Sudán como un estado que auspicia el terrorismo. Por el actuar de la Empresa Talisman, así como otras compañías petroleras, los pobladores se han visto forzados a huir hacia Etiopía o Kenya o han sido recluidos en campos de refugiados controlados por el gobierno (una creación del gobierno islámico de Sudán conjuntamente con las empresas petroleras para proteger los campos y las instalaciones petroleras. En total: 1.8 millones de desplazados y muertos.

Lamentablemente, Tribunal del Distrito Sur de New York, encargado de conocer el caso, rechazó las dos solicitudes de declaración y certificación de la clase, argumentando que los demandantes no habían demostrado correctamente el requisito de predominio de la acción. En efecto, el Tribunal encontró que la relación causal y los daños que reclamaban los demandantes implicaban la recolección y el análisis de pruebas por cada víctima, lo cual ocasionaba que predominaran las cuestiones individuales sobre los asuntos comunes de los integrantes de la clase, cuyos hechos habían ocurrido en un periodo de 4 años con más de 147 incidentes no relacionados directamente (Caso Presbyterian Church of Sudan Vs. Talisman Energy, Inc., 2005).

3.4. El caso Chiquita Brands International:

La empresa bananera Chiquita Brands reconoció haber hecho pagos extorsivos a grupos considerados como terroristas por el gobierno de Estados Unidos. La información fue facilitada al Departamento de Justicia de los Estados Unidos que abrió una investigación al respecto. En un comunicado, la multinacional dijo haber informado a las autoridades sobre los pagos de protección que su subsidiaria efectuaba en Colombia. Chiquita expresó que está colaborando con el Departamento de Justicia que investiga a la subsidiaria y a parte del personal. El caso saca a relucir un fenómeno común para las empresas extranjeras en Colombia y que en opinión del analista político colombiano Alfredo Rangel son muchas las empresas que son víctimas de las extorsiones de la guerrilla y los paramilitares, en especial las exportadoras: "Al extorsionarlas estos grupos obtienen recursos que les

permiten acceder al tráfico internacional ilegal de armas” Según la información, aportada en la demanda, la multinacional Chiquita Brands International a través de su filial en Colombia, Banadex, realizó más de 100 pagos a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) por un total de U\$1.7 millones desde 1997 hasta el 2004 (Caso Doe vs Chiquita Brands International, par. 33) .

A pesar de que la multinacional manifestó que los pagos habían sido realizados con el fin de garantizar la vida de sus empleados, aceptó un acuerdo judicial con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos que estipulaba una multa de U\$ 25 millones por haber patrocinado a grupos terroristas. (Carrillo, 2009, p. 116)

Según los demandantes, la clase se encuentra compuesta por todas aquellas personas de la región de Urabá que fueron víctimas de ejecuciones, desapariciones forzadas, torturas y crímenes de guerra por parte de los grupos paramilitares durante el periodo de 1994 a 2004. Pese a una serie de problemas y deficiencias normativas en la legislación colombiana, solicitar la certificación de una *class action* resulta ser el método más idóneo y efectivo para lograr la reparación de todas las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. La opción más favorable a los demandantes es la certificación por asunto común, en donde tendrían que entrar a demostrar que las cuestiones de carácter individual no priman sobre los aspectos de carácter colectivo. La no existencia de este mecanismo dificultaría el acceso a la justicia de aquellas personas que no cuentan con los recursos y el conocimiento para solicitar su protección.

En todo caso, si no llegaré a certificarse la clase, sería difícil que todas las víctimas de los paramilitares de la región de Urabá, que aproximadamente podrían llegar a ser 10.000, solicitaran una acción judicial en los Estados Unidos contra la multinacional Chiquita Brands International debido a dificultades económicas y de representación. (Carrillo, 2009, p. 120)

4. Derecho Comparado: La Acción de Grupo en la Legislación Colombiana.

Tal como le mencionamos anteriormente, la acción de grupos tiene origen en el derecho anglosajón y gran desarrollo en los Estados Unidos de Norteamérica como

Europa. Sin ir muy lejos esta figura se ha desarrollado en países latinoamericanos, con desarrollo propio y explícito dentro de la normativa nacional, Brasil y Colombia por nombrar algunos. El presente acápite pretende analizar el desarrollo de la Acción de Grupos dentro del derecho interno de la República Colombiana, revisaremos la mención en la Constitución Política de Colombia de 1991, así como en el desarrollo legislativo a través de la Ley 472 de 1998, partiendo desde el análisis de López Cárdenas (2010) y desarrollando los puntos más resaltantes para hacer una comparativa con la legislación nacional.

4.1. La creación de la acción de grupo en tierras colombianas.

Esguerra (2004) nos menciona que: “la consagración de las acciones de grupo en el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991, no fue una cuestión pacífica, ni clara para los constituyentes” (p. 237).

Aunque la Sub-Comisión Preparatoria estableció de protección constitucional debía circunscribirse exclusivamente a los derechos del medio ambiente, los consumidores y los usuarios, conforme el informe de ponencia del 15 de abril de 1991 de la Gaceta Constitucional N° 46, los constituyentes se opusieron a tal postura, específicamente por considerar necesario que se incluya el término “derechos colectivos” en la norma constitucional. (Hernández, 2005, pp. 21)

La Asamblea Nacional Constituyente inicio discusión sobre la postura que tendría la constitución frente a la vulneración de derechos colectivos, lamentablemente el único consenso que la Asamblea parecía tener era que los mecanismos de reparación de daños colectivos no deberían perjudicar las acciones individuales que surjan según caso en concreto.

Hernández (2005) nos menciona que en ese momento:

los constituyentes recurrieron al concepto de *class action* del derecho anglosajón, que erróneamente se equiparó a la acción popular. Así, por ejemplo, el delegatario Guillermo Perry afirmó que las denominadas acciones populares o acciones de clase permitían proteger derechos e intereses

colectivos con el fin de solicitar la respectiva reparación de daños y perjuicios.
(p. 23)

Conforme el informe de ponencia de la Gaceta Constitucional N° 77 de mayo de 1991, la Comisión Primera hizo bien en hacer las diferenciaciones entre Acción Popular y Acción de Grupos. Ahora bien, considero propicio hacer un hincapié en este punto para evitar confusiones respecto de la terminología, “la acción de grupos” referida por los constituyentes es el equivalente a la *Class Action* anglosajona de origen norteamericano que desarrolle previamente. Dentro del derecho constitucional peruano el equivalente a la Acción Popular es el Amparo Difuso que tutela los derechos colectivos y difusos. La Comisión Primera hace tal distinción a través de un ejemplo ante la Asamblea Nacional, en los términos siguientes:

“Si existe en el mercado un producto defectuoso, que no cumple con los requisitos mínimos de calidad o que entrañe riesgo para los consumidores, cualquier persona, en ejercicio de una acción popular, podrá solicitar que se prohíba su comercialización. Se trataría de proteger el interés colectivo y difuso de los consumidores. Pero, en estas mismas circunstancias de hecho, quienes han adquirido el producto han sido lesionados en su derecho y podrían ejercer una acción de cumplimiento o indemnización de perjuicios, según sería el caso. Y es aquí en donde cabría la acción de clase o representación: Cualquiera de los particulares afectados podría interponer una acción en representación de todos aquellos que hayan adquirido el producto defectuoso y obtener una reparación que habría de distribuirse entre todos”

Finalmente, Asamblea Nacional Constituyente aprobó, el 14 de junio de 1991, el texto del articulado actual sobre las acciones de grupo, a saber:

“Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a

un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos “.

Finalmente, Esguerra (2004) menciona que:

aunque para algunos constituyentes el texto del articulado era repetitivo, por cuanto consagraba dos veces el ejercicio de la acción popular, algunos delegatarios observaron que el articulado aprobado estipulaba dos mecanismos de protección constitucional. El primero relacionado con la protección de los derechos colectivos y el segundo con la reparación de los perjuicios ocasionados a un número plural de personas. (p.237)

4.2. La Ley 472 de 1998, Ley de Acciones de Grupo en Colombia:

El artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991 dispuso la responsabilidad al legislador de desarrollar una ley que regule las acciones populares y acciones de grupo dentro de la normativa nacional colombiana. Entre los años 1993 y 1995 se presentaron una serie de iniciativas parlamentarias que fracasaron en su momento, no fue hasta que el 5 de agosto de 1998 el Congreso de la República promulgo la Ley 472 con el fin de desarrollar el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo.

Los parlamentarios encargados de las ponencias del proyecto de ley establecieron sendas diferencias entre ambas acciones, definieron así que la acción de grupo es de carácter indemnizatorio, mientras que la acción popular tenía un carácter resarcitorio, puesto que buscaba evitar cualquier vulneración de los derechos e intereses colectivos.

A partir de lo anterior, indicaron que las acciones de grupo sólo procedían para reparar perjuicios ocasionados a un número plural de personas por la violación de derechos colectivos o individuales, que sólo podían ser reclamados por aquellas personas afectadas de manera directa. La acción popular, por lo tanto, permitía la protección exclusiva de los derechos colectivos, cuya legitimación recaía sobre toda

la comunidad. Conforme el informe de ponencia de la Gaceta del Congreso de 28 de mayo de 1997, los parlamentarios definieron que las acciones de grupo sólo procedían para reparar perjuicios ocasionados a un número plural de personas por la violación de derechos colectivos o individuales, que sólo podían ser reclamados por aquellas personas afectadas de manera directa, tampoco fueron determinados los límites de las acciones. Estas nociones son ligeramente contradictorias con la realidad, conforme lo mencionado por Bermúdez (2007): “es claro que el legislador no quiso establecer limitaciones relacionadas con la cuantía o los derechos vulnerados” (p.69). Conforme a lo estipulado en la Ley 472 de 1998, esta normativa no se restringe únicamente a la violación de derechos colectivos o individuales de un número plural de personas, sino más bien puede usarse para indemnizar cualquier tipo de vulneración de cualquier derecho humano, tampoco existe dentro de los alcances normativos un límite o siquiera una intención de limitar cuantitativamente el alcance indemnizatorio. Por otro lado, el legislador definió que La acción popular permitía la protección exclusiva de los derechos colectivos, cuya legitimación recaía sobre toda la comunidad como un todo.

Las acciones de grupo encuentran asidero normativo en el Art. 3 de la Ley 472 y en el primer párrafo del Art. 46 de la misma norma. La Ley define la acción de grupo como:

“Art. 3. Acciones de grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad

Art. 46. Procedencia de las acciones de grupo. Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad”.

Dentro de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana se ha resaltado muchos aspectos relativos a la acción de grupo. Este órgano jurisdiccional desarrolló la conceptualización en torno a la figura en tierras colombianas, tal como lo plasma la Sentencia T-191 del 2009 que menciona que:

La Corte se ha pronunciado sobre las diferencias entre las acciones de grupo y las acciones populares, afirmando que, si bien ambas acciones tienen en común que son acciones colectivas, se distinguen por su (i) finalidad y (ii) la naturaleza de los derechos afectados.

En cuanto a la finalidad, la acción de grupo tiene un fin eminentemente reparatorio de un daño causado a intereses particulares o colectivos, que en todo caso son susceptibles de individualización; mientras las acciones populares tienen una finalidad preventiva. En este sentido, la Corte ha recalcado que las acciones de clase o de grupo no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, por cuanto comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal que han sido lesionados o afectados, por lo cual se reclama la reparación ante un juez

De otra parte, en cuanto a la naturaleza de los derechos e intereses protegidos, mientras la acción popular busca amparar esencialmente una categoría de derechos e intereses, los derechos e intereses colectivos, la acción de grupo se proyecta sobre todo tipo de derechos e intereses, sean estos colectivos o individuales, pues lo que persigue es la indemnización de los perjuicios provenientes de la afectación de un interés subjetivo, causado a un número plural de personas. (2009)

En la Sentencia C-215/99 se resalta la importancia de estas acciones en los siguientes términos:

La constitucionalización de estas acciones obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no

es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido (...). (1999)

La Corte Constitucional también resalta los elementos distintivos de estas acciones, a través de la Sentencia C-241/99 que son:

(...)En cumplimiento del referido mandato superior, la Ley 472 de 1998 al desarrollar el trámite de las acciones de grupo estableció reglas y principios claramente encaminados a facilitar su ejercicio, entre los cuales pueden destacarse: i) la facultad que se atribuye al Defensor del Pueblo o los personeros para dar inicio al trámite de la acción; ii) la regla según la cual quien actúe como demandante representa a todas las demás personas que hubieren sido afectadas por los mismos hechos vulnerantes; iii) la posibilidad de acudir al proceso una vez que éste se ha iniciado gracias a la demanda iniciada por otra persona; iv) la opción de solicitar ser excluido del grupo en caso de preferir el ejercicio de las acciones individuales, evento en el cual los efectos de la sentencia no serán oponibles a dicha persona; v) la procedencia de medidas cautelares en los mismos casos que en los procesos civiles ordinarios; vi) la posibilidad de interponer, contra la decisión final, los recursos de apelación, casación y/o revisión; vii) en general, la celeridad que caracteriza este tipo de procesos. (1999)

Ahora bien, nos corresponde desarrollar el procedimiento que el país colombiano ha estipulado, conforme a la regulación contenida en la ley 472 de 1998, procedimiento que desarrollaremos a continuación.

4.3. Principios procedimentales de la acción de grupo colombiana: Celeridad, economía y seguridad jurídica

Previamente desarrollamos las *Class Actions* del sistema anglosajón, estas fueron establecidas para evitar múltiples litigios por cuestiones comunes (de hecho y/o de

derecho) de interés de un número plural de personas. En el sistema federal Norteamérica, el apartado A (1); A (2) y B de la RFPC 23 desarrolla tal postura. Bernstein (1978) menciona “que el principal objetivo de las acciones de clases, aparte de promover la celeridad y la economía procesal, se centra en evitar fallos inconsistentes o contradictorios -seguridad jurídica-, al proferir una única decisión judicial frente a una multitud de controversias” (p.349).

De no existir este mecanismo procesal, las víctimas que se encuentran legitimadas por la ley estarían obligados a demandar de manera individual en protección de sus derechos, lo cual requeriría una mayor carga laboral en diversos organismos jurisdiccionales, así como la probabilidad de múltiples fallos contradictorios entre sí. La existencia de este mecanismo radica en la garantía de seguridad jurídica, igualdad ante la ley, acceso a un juez imparcial y el debido proceso.

En el sistema colombiano, para lograr tal fin, la Ley 472 de 1998 confirió las mismas responsabilidades a los jueces, así como una similitud de facultades, adaptando la figura a las necesidades del país latinoamericano ya que este último persigue el mismo objetivo que el sistema anglosajón: brindar seguridad jurídica.

Bermúdez (2007) afirma que:

el empleo de la acción de grupo elimina la posibilidad de que los jueces profieran fallos sucesivos, que conlleven a decisiones contradictorias y pongan en duda la imparcialidad e igualdad del sistema judicial (...) La resolución de múltiples controversias judiciales, por parte de un mismo juez en un sólo proceso, permite maximizar el principio de celeridad (p.116). Por su lado Cuevas (2006) considera que: “El hecho que un fallo pueda vincular personas que no fueron parte dentro del proceso, pero cuyos intereses fueron representados en el mismo, evidencia la aplicación del principio de economía procesal, toda vez que los miembros del grupo no tendrán que entrar a demostrar su derecho, sino que deberán probar que reúnen las características necesarias para obtener la indemnización decretada por la sentencia. (p.114)

Por último, a pesar de que, para algunos autores, la celeridad no es una característica particular de la acción de grupo, toda vez que no contempla un trámite preferente; “la realidad jurídica muestra que se resuelven más rápido las acciones de grupo, que los procesos ordinarios que emplean el mecanismo de la acumulación subjetiva de pretensiones” (Bermúdez, 2007, p.113).

En conclusión, podemos afirmar que la acción de grupos es una extrapolación de la Class Action Norteamérica; de esa manera el sistema colombiano mantiene los principios procesales del segundo: celeridad, económica procesal, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, debido proceso y tutela jurisdiccional.

4.4. Aspectos Procesales de la Acción de Clases/Grupo en la Legislación Colombiana.

El procedimiento establecido para la “Acción de Grupo” por la Ley 472 de 1998, estableció un régimen procesal novedoso y, por ello mismo, dificultoso.

Las acciones de grupo fueron concebidas como un engorroso trámite procesal para frustrar su ejercicio. El rígido procedimiento para las acciones de grupo fue introducido en los debates del Congreso bajo las presiones del Gobierno y de los gremios económicos que se oponen a que sus privilegios y abusos sean atacados por acciones procesales expeditas. (Camargo, 2009, p.239)

Es por ello que el presente acapice pretendemos analizar y especificar los aspectos procesales de esta figura colombiana, no sin antes recordar la diferenciación que la Corte Constitucional Colombiana realizó entre “acción popular” de la “acción de grupos” colombiana; en la Sentencia T-191 de 2009 menciona lo siguiente:

La Corte se ha pronunciado sobre las diferencias entre las acciones de grupo y las acciones populares, afirmando que, si bien ambas acciones tienen en común que son acciones colectivas, se distinguen por su (i) finalidad y (ii) la naturaleza de los derechos afectados. En cuanto a la finalidad, la acción de grupo tiene un fin eminentemente reparatorio de un daño causado a intereses particulares o colectivos, que en todo caso son susceptibles de

individualización; mientras las acciones populares tienen una finalidad preventiva. En este sentido, la Corte ha recalcado que las acciones de clase o de grupo no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, por cuanto comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal que han sido lesionados o afectados, por lo cual se reclama la reparación ante un juez. De otra parte, en cuanto a la naturaleza de los derechos e intereses protegidos, mientras la acción popular busca amparar esencialmente una categoría de derechos e intereses, los derechos e intereses colectivos, la acción de grupo se proyecta sobre todo tipo de derechos e intereses, sean éstos colectivos o individuales, pues lo que persigue es la indemnización de los perjuicios provenientes de la afectación de un interés subjetivo, causado a un número plural de personas. (2009)

En ese contexto, podemos afirmar sin miedo a caer en el error que, La Corte Constitucional Colombiana ha determinado acertadamente que las acciones populares con fines concretos están diseñadas para defender los derechos colectivos y que las acciones de grupo o de clase están diseñadas “para proteger todo tipo de derechos que resulten “dañados” en un grupo amplio de personas.” Ergo, las acciones de grupo son acciones colectivas para protección de una diversidad de derechos en el ordenamiento colombiano, bien pueden ser estos los intereses individuales homogéneos. La legislación colombiana parece recopilar la postura y formula legal del Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica.

4.4.1. El grupo

Conforme el último párrafo del Art. 46 de la Ley 472 de 1998, la acción de grupos debe ser interpuesta por un número plural de individuos no menor a 20 personas.

Conforme a la jurisprudencia colombiana, el Consejo de Estado Colombiano a través de la Sentencia de 10 de febrero de 2000, Exp. AP-004, establecido que para que pueda proceder esta acción, es necesario acreditar que las personas que la integran sean víctimas directas del hecho dañoso, con lo

cual restringió el alcance de este mecanismo de reparación. Aunque el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, solo establece que la acción de grupo será integrada por al menos veinte personas, el Consejo de Estado Colombiano determinó dos clases de víctimas, aquellas personas que sufrieron la violación directa (víctimas directas) y aquellas personas que sufrieron las consecuencias (víctimas indirectas). (García, 2002, p. 117)

En este contexto podemos afirmar la existencia de tres tipos diferentes de personas afectadas que se encuentran legitimadas para iniciar la acción de grupos en Colombia: víctimas directas, víctimas indirectas y, extraordinariamente, terceros lesionados.

Mejía Gómez (2003) define a la víctima directa como: “aquella persona sobre la cual recaen de manera directa las consecuencias de una conducta ilícita o dañosa violatoria de los derechos humanos, la cual no tiene intermediario, ni solución de continuidad” (p.5). Desde una perspectiva de la acción de grupo, podemos afirmar que la víctima directa es la persona que individual o colectivamente ha visto sus derechos constitucionalmente reconocidos (de incidencia colectiva) perjudicados por alguna acción u omisión, pasada, presente o futura.

Ahora bien, “víctima indirecta podrá conformarse por los familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, personas a cargo o cuidado que tengan relación inmediata con la víctima directa” (Mejía, 2003, p. 7). El término indirecta implica, pues, “una relación de dependencia entre unas violaciones causadas a un sujeto pasivo principal y otras que se desprenden de aquellas” (Acosta, 2003, p.82).

Finalmente, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, se ha establecido que estos terceros lesionados “tienen derecho a una reparación, siempre y cuando demuestren que tenían una expectativa generalmente económica que se presume hubiera continuado de no haber muerto la víctima” (Galdámez, 2007, p. 446).

Para mayor entendimiento, es propicio hacer un ejemplo que nos sitúe en el

escenario más adecuado: desapariciones forzadas o secuestro. La víctima directa estaría conformada por la persona a la cual se le ha privado de su libertad en contra de su voluntad; sus familiares hijos, esposa(o) o consanguíneos serán las víctimas indirectas de tal acto lesivo de los derechos humanos. Los acreedores de algún crédito que fue extendido a favor de la persona desaparecida o secuestrada ocuparían el puesto de terceros lesionados.

4.4.1.1. Determinabilidad e individualización:

López Cardenaz (2010) nos menciona que “el acceso a la jurisdicción nacional o internacional ha establecido como presupuesto de una accionabilidad conjunta; según la cual, para interponer efectivamente la acción de grupo hay que determinar e individualizar a las víctimas” (p.78). Para el presente trabajo consideramos que “determinar se refiere a establecer con certeza la existencia de víctimas en un determinado caso; por otro lado, menciona que individualizar se refiere a la cuantificación e identificación de las víctimas por su nombre” (Acosta, 2005.p.8). Rojas (2006) considera que: “el cumplimiento de tal presupuesto permite además establecer el requisito exigido por el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, sobre el mínimo de 20 personas que debe tener la acción” (p.294); postura anteriormente analizada.

Estos requisitos encuentran amparo legal conforme lo estipulado en los Art. 52 y Art. 65 de la Ley 472 de 1998, donde el demandante debe brindar toda la información necesaria para identificar a los miembros del grupo (individualización); adicionalmente los criterios objetivos para determinar a los miembros del grupo antes de la sentencia o beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan gozar de los efectos de la sentencia post-facto. De lo estipulado por la normativa aplicable y lo mencionado por la doctrina, en caso de no cumplir con una determinación efectiva, es posible que la simple determinación de la afectación colectiva sea suficiente para reclamar la protección tutelar efectiva de los entes jurisdiccionales competentes, adicionando a esto una obligación implícita: los miembros del grupo deben ser determinables. Fons (1998) menciona que el

cumplimiento del numeral 4 del Art. 52: “genera la certeza de que la acción no podrá ser integrada por otros afectados” (p.22).

Queda entonces una pregunta ¿qué sucedería con los grupos organizados o comunidades cuyos derechos son vulnerados? En el primer supuesto podemos afirmar que la Ley 472 legitima a las personas jurídicas para la defensa de los derechos de sus miembros o asociados, a través de representantes legales o a través de los propios miembros o socios. Para el segundo supuesto, estamos referidos a las comunidades o pueblos nativos no personalizados pero que la Corte Constitucional de Colombia, ha establecido que estas son un “verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos”, conforme lo desarrollan en sus sentencias T-380 de 13 de septiembre de 1993 y T-1105 de 6 de noviembre de 2008; por lo que se encontrarían legitimadas para iniciar tales acciones. (O’donnell, 2004)

En ambos supuestos, sin embargo, “es necesario el cumplimiento del requisito cuantificable de 20 miembros afectados” (Fernández, 2005, p. 70).

4.4.1.2. Titularidad de la acción

El artículo 48 de la Ley 472 de 1998 dispone que la acción de grupo puede ser presentada por:

- Las personas naturales jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual y
- El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales.

Al respecto este acápite analizará algunos aspectos relevantes respecto de esta titularidad:

4.4.1.2.1. Respecto de las personas naturales y jurídicas

La Ley 472 de 1998 exige que la acción de grupo se encamine a solicitar la indemnización de los perjuicios de un grupo no inferior a 20 perjudicados. En el contexto que nos determina el artículo mencionado, pueden ocurrir dos supuestos:

- a) Que exista un grupo de mínimo 20 personas perjudicadas, que ejercen su derecho de acción a través de un abogado; en este caso, el juez deberá verificar que el representante del grupo actúa en nombre de todos los afectados. Debido a que los demandantes están actuando en conjunto, el juez para admitir la demanda deberá verificar que los afectados reúnen todos los requisitos exigidos en el artículo 46 y 55 de la Ley 472 de 1998. (Tamayo, 2001, p. 220-221)
- b) Que solo exista un único accionante que conozca la existencia de un grupo compuesto por mínimo 20 afectados; en este supuesto es posible que exista un solo demandante que desee presentar la acción a nombre de todo el grupo. El Consejo de Estado Colombiano determinó a través de la Sentencia Exp. AG-2502 del 16 de abril del 2007 que, para este caso, se requiere que el demandante, sea una persona que integre el grupo como presupuesto para ejercer su titularidad. (Correa y Bermúdez, 2006, p. 248 - 249)

4.4.1.2.2. Respecto del Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales

El segundo párrafo del Art. 48 de la Ley 472 de 1998 establece lo siguiente:

“El Defensor del Pueblo, los personeros municipales y distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados”.

Legitimando de esta manera al Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales para presentar una acción de grupo, en dos escenarios muy específicos:

- i) Cuando medie solicitud por parte del interesado;
- ii) Cuando exista un estado de desamparo o indefensión que haga necesaria la intervención de estas autoridades.

En efecto, el Defensor Público Colombiano conforme al Art. 282 de la Constitución

Política Colombiana de 1991 “*velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos*”, adicionalmente a ello tiene una amplia gama de funciones entre las que resalta, para nuestra investigación, la de interponer acciones de tutela. Por otro lado, tenemos a los Personeros, que, por ejemplo, conforme al Código de Régimen Municipal Colombiano, en su art. 135 menciona que “*En cada Municipio habrá un funcionario que tendrá el carácter de defensor del pueblo o veedor ciudadano, agente del Ministerio Público y defensor de los derechos humanos, llamado Personero Municipal*”.

Es decir, que tanto la Defensoría como los Personeros, dada la naturaleza de sus funciones y el reconocimiento que la Ley y la Constitución les reconoce; se encuentran obligados a proteger a todos los individuos y los faculta para interponer legítimamente esta acción ante las autoridades judiciales en defensa de sus derechos. De esta forma, cuando las personas no cuentan con los medios necesarios o se encuentren limitados para presentar una acción de grupo y solicitar la protección de sus derechos, podrán acudir al Defensor del Pueblo o a los Personeros para que estos ejerzan su defensa y soliciten su protección.

Ahora bien, en caso de desamparo o indefensión, entendiendo estas como aquella en que la persona o grupo de personas son incapaces de solicitar protección jurídica de sus derechos, “la Defensoría del Pueblo o los personeros Municipales o Distritales, podrán interponer la acción de grupo de oficio para la protección de ese grupo de personas ante las autoridades judiciales” (Bermúdez, 2007, p. 293).

4.4.1.3. Análisis de la representación adecuada del grupo

Un punto a enfatizar de la acción de grupos colombiana, es justamente una característica heredada de la Class Action, la figura norteamericana: representación adecuada o (adequacy of representation) introducida por el sistema anglosajón implica que, tal como mencionamos previamente, los intereses de todos los miembros del grupo deben ser representados justa y adecuadamente durante el proceso; con el propósito que todos los miembros determinados o determinables del grupo puedan ser afectados por la “cosa juzgada”, instituto producto de una

sentencia firme. Se considerará adecuada cuando la representación vincule tanto a los miembros presentes, como los ausentes.

Lorenzo Bujosa (1995) agrega también que:

si la representación del grupo no es adecuada, el proceso no deberá generar efectos jurídicos para los ausentes, toda vez que se habría afectado su debido proceso legal (*due process*). Sin embargo, esta adecuada representación no se refiere a que los miembros del grupo reciban la reparación que pretendían, sino que sus intereses sean representados de forma correcta durante todo el proceso. (p. 198)

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica ha estipulado ciertos factores que el juez debe considerar para analizar la representación adecuada, tal como lo estipula en el Art. 2 en su párrafo 2:

“Par. 2o . En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

- a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;*
- b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;*
- c – su conducta en otros procesos colectivos;*
- d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;*
- e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.”*

Adicionalmente, el Código Modelo faculta al juez para revisar la representatividad cuando lo considere necesario, tal como se menciona en el párrafo 3 del Art. 2: *“El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento”.*

En tierras colombianas, el Art. 56 de la Ley 472 de 1998 faculta a que los miembros puedan apartarse de la sentencia si consideran que no hubo una representación adecuada de sus intereses:

“Art. 56. — Exclusión del grupo.

(...) b) Cuando la persona vinculada por una sentencia pero que no participó en el proceso, demuestre en el mismo término que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación”.

Lo cual nos lleva a una siguiente incógnita ¿qué aspectos deberá cumplir el representante para que se considere que realiza una representación adecuada?

En un plano subjetivo, Bermúdez (2007) menciona que:

si se observa el estándar establecido por el sistema anglosajón y el Código Modelo, el juez para admitir la demanda deberá verificar que el abogado del grupo sea el “idóneo para adelantar el proceso”, lo que significa que deberá analizar los conocimientos y la experiencia del abogado del grupo. (p. 286)

Sin embargo, aunque la verificación de la representatividad en el plano subjetivo no encuentra asidero normativo en la ley 472, el Consejo de Estado Colombiano, a través del Auto de 26 de marzo de 2007, Exp. AG-1799-01 ha expresado que:

“Aunque la verificación de la adecuada representatividad no aparece como un deber expreso del juez en la ley 472 de 1998, como sí figura en legislaciones foráneas que regulan acciones semejantes, dicho control debe realizarse a través de un cuidadoso estudio del cumplimiento de los requisitos previstos en la ley para la admisión de la demanda, con el fin de impedir que se haga nugatorio el derecho de los grupos representados por quienes no están en condiciones de hacerlo y una de tales exigencias es la relacionada con la verificación de la adecuada estimación del perjuicio (...)”.

Determinando así que los jueces están en la obligación de realizar un control implícito de la representación adecuada al momento de admitir la demanda.

Por otro lado, en un plano objetivo, Bejarano (2005) considera que la representación adecuada debe cumplir una serie de características para ser considerada como tal:

- a. Integración del Grupo: Tal como mencionamos previamente, el grupo debe estar conformado por 20 personas (naturales o jurídicas) que hayan sufrido perjuicio en sus derechos por el mismo acto u omisión realizado por la misma persona. En caso no se hayan podido identificar plenamente a los miembros, el juez deberá analizar minuciosamente los criterios objetivos para la individualización post facto de los beneficiarios de la sentencia.
- b. Pertenencia: Una característica que se mantiene desde el sistema anglosajón es que el representante o accionante debe ser efectivamente miembro del grupo afectado que representa, o conocer de un grupo afectado.
- c. Formulación de las cuestiones de hecho y soporte probatorio: Las cuestiones de hecho y de derecho deben ser comunes en todos los miembros del grupo; la carga de la prueba les corresponde a los accionantes. El juez deberá verificar tanto los criterios jurídicos, los criterios facticos como el soporte probatorio que el representante del grupo brinde; contrario sensu decantaría en una representación inadecuada de los intereses de los miembros del grupo.
- d. Estimativo de los perjuicios: De conformidad con el numeral 3 del Art. 52 de la Ley 472 de 1998, el demandante deberá señalar:

“El estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración”.

Manteniendo el criterio de la figura modelo norteamericana, la Ley 472 no puso límites a las pretensiones. Sin embargo, el obviar tal obligación por parte del representante o del abogado, ocasionaría una representación inadecuada.

- e. Formulación de la causa petendi: El juez deberá observar que de la pretensión formulada se determine la responsabilidad del demandado (s) así como que tal pretensión sea acorde a su jurisdicción.

- f. Identificación del responsable: El numeral 5 del artículo 52 de la Ley 472 de 1998, establece la obligación del demandante de señalar el presunto responsable, al demandado.
- g. Solicitud de pruebas: En este punto radica la pertinencia de los medios probatorios ofrecidos por el accionante. Entendiendo pertinencia de la prueba a aquella que tenga una relación directa con el hecho investigado y pretenda demostrar algo.

4.4.1.4. Caducidad en la acción de grupo:

Para comenzar con este punto debemos resaltar que la caducidad de la acción alcanza únicamente al grupo, más esta no influye en los miembros individualmente. Tamayo Jaramillo (2001) menciona que “si dentro de un proceso se declara probada la excepción de caducidad, esta decisión tendrá efectos vinculantes para todos los miembros del grupo exceptuando aquellos que ejercieron su derecho de exclusión en las etapas procesales respectivas” (p.290). Recordemos que tal como funciona en la figura norteamericana, el sistema colombiano prescribió en el Art. 56 de la Ley 472 que pueden excluirse aquellos miembros que consideran que sus intereses no son representados por el grupo. En ese supuesto, la caducidad de la acción solo sería aplicable a el grupo conformado y no se les aplicaría a aquellos que decidieron iniciar acciones de manera individual.

Si en algún caso, no hay una expresión de exclusión, el representante del grupo, “al incoar la demanda a nombre de todos los afectados, actúa directamente respecto de los intereses de todos los miembros del grupo, lo que incluye tanto a accionantes como ausentes” (Bujosa, 1995, p. 1997).

4.4.1.4.1. Caducidad para iniciar la acción

El grupo, a través de sus representantes tienen el plazo de 2 años para promover la acción, tal como lo menciona el Art. 47 de la Ley 472 menciona lo siguiente:

“Caducidad. Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo”.

Al respecto, la postura de la Corte Constitucional de Colombia, a través de la sentencia T-191 de 20 de marzo de 2009, menciona que:

Considera esta Sala que la primera parte del mandato legal hace relación a la contabilización del término de caducidad cuando se aplica para aquella clase de daño que se agota, ejecuta o perfecciona en una sola acción u omisión, aun cuando de ella se deriven perjuicios posteriores para los afectados; mientras que la segunda parte del mandato legal hace referencia a la clase de daño que no se agota, ejecuta o perfecciona mediante una sólo acción u omisión determinable de manera objetiva en el tiempo, sino que se refiere a la clase de daño que se extiende y actualiza en el tiempo, o al denominado “daño continuado” o daño de “tracto sucesivo”, cuya acción vulnerante causante del mismo no ha cesado para el momento de la interposición de la acción de grupo. (2009)

Por último, la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano al respecto ha establecido que las reglas para contabilizar el término de caducidad. Por medio de la sentencia de 18 de octubre de 2007, Exp. AG-29-01 ha tomado las siguientes consideraciones:

- a) El término de caducidad de la acción de grupo que se contabiliza a partir del daño, debe centrar su atención en éste, y no en los efectos o perjuicios que se generan, ni en la conducta que lo produce.
- b) El término de caducidad de la acción de grupo que se contabiliza a partir del daño, se debe contar desde el momento en que este se produce, o desde el momento en que se tenga noticia de este, en el caso de que estas dos circunstancias no coincidan.
- c) El término de caducidad de la acción de grupo que se contabiliza a partir del daño, cuando éste es continuado, se cuenta desde el momento en que se deja de producir, a menos que se tenga noticia de este en un momento posterior, caso en el cual se hará a partir de allí.

d) Las anteriores reglas no cambian, si se presenta una agravación del daño, toda vez que éste último, se supone, se ha producido con anterioridad, sea inmediato o continuo. (2007)

4.4.1.4.2. Caducidad para acogerse de los efectos de la sentencia estimatoria:

El artículo 55 de la Ley 472 de 1998, establece que

“(...) Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas. La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella. (...)”

El precepto normativo menciona que las personas legitimadas y que cumplan los criterios objetivos para ser consideradas partes del grupo, tendrán el plazo de 20 días desde la emisión de la sentencia, siempre en cuando sus acciones individuales no hayan caducado. Por otro lado, los que recibieran la buena pro de sus solicitudes de inclusión, no recibirían mayor indemnización que sus coagrupados, por lo tanto, el monto de la indemnización tampoco deberá incrementar a pesar de su ingreso; simplemente variarían la alícuota de los miembros.

Lamentablemente, este plazo es duramente criticado por la doctrina. Tamayo (2001) considera que: “es inaudito establecer dicho término para que una persona perjudicada conozca de la acción y decida vincularse al proceso” (p. 299). Postura que encontramos razonable, consideramos que el juez tiene la potestad de establecer un plazo prudencial para que los miembros ausentes tomen conocimiento y puedan presentar la solicitud de inclusión pertinente, tomando en consideración el principio *pro homine*.

4.4.1.4.3. Caducidad para reclamar la indemnización de la acción de grupo:

El literal c) del artículo 70 de la Ley 472 de 1998, establece lo siguiente:

Art. 70. Creación y fuente de recursos. Crease el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, el cual contará con los siguientes recursos:

“(...) C) El monto de las indemnizaciones de las Acciones Populares y de Grupo a las cuales hubiere renunciado expresamente el beneficiario o cuando éste no concurriere a reclamarlo dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la sentencia (...)”

Esta norma delimito el plazo de prescripción de un año contado a partir de la sentencia para que la víctima favorecida por tal resolución. Caso contrario, si dejaba pasar el tiempo indicado sin reclamar su indemnización, este pasará a ser parte del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

4.4.1.5. Notificación a los miembros del grupo

Podemos definir a la notificación como el acto de comunicación del tribunal que tiene por objeto dar noticia de una resolución, diligencia o actuación, a todos los que sean parte del litigio y también de quienes estos pronunciamientos se refieran o puedan causar perjuicios. Dentro de la acción de clases su principal objetivo, ha sido permitir que los integrantes del grupo puedan acercarse a la jurisdicción y optar por entrar (*opt in*), seguir formando parte del grupo o excluirse (*opt out*) con el propósito de iniciar una acción individual. La notificación se ha convertido en un factor trascendental para la defensa del derecho al debido proceso en las acciones colectivas. Lamentablemente no se ha llegado a un acuerdo unánime respecto de cómo debe realizarse la mencionada notificación. Fortuno (1995) afirma que: “la garantía del debido proceso dentro de los procesos colectivos requiere que los integrantes del grupo sean identificados mediante un esfuerzo razonable. Por lo tanto, el mecanismo de notificación es ajeno a las cuestiones sustantivas del debido proceso” (p.404).

Por su parte, la regla 23(c)(2) de las Reglas Federales de Procedimiento Judicial Civil de los Estados Unidos, establece que, sin importar la cuantía, el representante del grupo deberá notificar personalmente a todos los integrantes de la clase acerca

del inicio de la acción, con el fin de salvaguardar el debido proceso de los miembros ausentes. La trascendencia de la notificación a los miembros del grupo radica en que la sentencia genera efectos sobre los miembros que no se hicieron presentes dentro del proceso.

En el caso colombiano, el artículo 53 de la Ley 472 de 1998, establece que:

“A los miembros del grupo se les informará a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios. Para este efecto el juez podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación.”

Lamentablemente, la norma es demasiado ambigua, no determina el medio idóneo o eficaz para la notificación. Camargo (2009) menciona que: “el sistema de notificación de una acción de grupo puede ser realizado a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz (p.261). Esto es contrario a lo que ocurre en el sistema anglosajón; en esta jurisdicción, “lo jueces ordenan que la acción colectiva sea publicada en un periódico de amplia circulación, por televisión, radio o cualquier otro medio masivo de comunicación” (Taraffo, 2005, p.30).

4.4.1.6. Efectos de la cosa juzgada

Entendemos la cosa juzgada como la cosa juzgada (del latín *res iudicata*) es el efecto impeditivo que, en un proceso judicial, ocasiona la preexistencia de una sentencia judicial firme dictada sobre el mismo objeto. En palabras de Bermúdez (2007) “una de las características de la esencia de la acción de grupo es que la sentencia hace tránsito a cosa juzgada respecto del grupo demandante sin necesidad de que todos los miembros que lo integran hayan participado en el proceso” (p.371).

Al igual que la notificación salvaguarda el derecho al debido proceso, la cosa juzgada tiene una gran importancia en los procesos colectivos, ya que esta vincula jurídicamente a los miembros que conforman el grupo, salvo a aquellos que solicitaron ser excluidos del proceso, justamente para poder ejercer sus derechos

de acción de manera individual. Al respecto, Giidi (2004) señala que:

(...) Si en las acciones colectivas no se autorizara la extensión de la inmutabilidad de lo juzgado a terceros, se multiplicarían innecesariamente acciones semejantes, con el mismo objeto, con partes diferentes, pero con la misma causa de pedir y pretensiones. Esto empeoraría aún más el sistema judicial y haría inviable la efectiva prevención o reparación del daño, sin hablar de las decisiones contradictorias por todo el país (...). (p. 263)

Por lo tanto, un proceso judicial solo podrá ser calificado como colectivo “si vincula a los miembros ausentes del grupo y resuelve la controversia planteada a favor o en contra de sus intereses” (Giidi, 2004, p. 98).

El sistema de las *class action*: En el caso anglosajón, los alcances de la sentencia encuentran su fundamento sobre la presunción de que los miembros ausentes del grupo están siendo representados adecuadamente (*adequacy of representation*) y que, por lo tanto, sus intereses serán salvaguardados y defendidos durante el juicio de manera eficiente, motivo por el cual, los actos realizados por su representante vinculan de manera directa y efectiva a todos los integrantes de la clase.

Por consiguiente, la sentencia dictada mediante el procedimiento de la *class action* tendrá efectos para todos los miembros del grupo, haya sido o no favorable a sus intereses (*whether or not favorable to the class*)⁴, toda vez que el sistema se ha establecido sobre las bases de una adecuada representación y notificación.

El sistema colombiano: El artículo 66 de la Ley 472 de 1998, establece lo siguiente:

“Efectos de la sentencia. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las resultas del proceso.”

⁴ Regla 23 (c)(3).

Según el profesor Camargo (2009):

los efectos de la sentencia en una acción de grupo son *erga omnes* y hacen tránsito a cosa juzgada, así la sentencia sea favorable o desfavorable para los miembros del grupo, salvo para aquellas personas que en el debido término procesal ejercieron su derecho de exclusión. (p. 284)

Por lo tanto, si las pretensiones del demandante son desfavorables a todos los miembros del grupo, los miembros ausentes de la clase no podrán iniciar acciones individuales o colectivas, toda vez que la sentencia firme tiene carácter de cosa juzgada. Sin embargo, tal como lo mencione previamente, los miembros ausentes del grupo no quedarán vinculados por la sentencia, si demuestran que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación. En ese supuesto podrán iniciar los respectivos procesos colectivos o individuales conforme a sus derechos, posterior a su exclusión de la acción de grupo conforme la normativa aplicable.

4.4.1.7. Publicación de la sentencia

El numeral 4 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, determina lo siguiente:

“La publicación, por una sola vez, de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o a la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer lo dispuesto por el superior, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al juzgado, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación, para reclamar la indemnización”.

En ese orden de ideas, y continuando lo antes desarrollado, la sentencia estimatoria favorable al grupo deberá ser publicada por su representante en un periódico de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o notificación, con el propósito de que todos los interesados que no comparecieron al proceso se vinculen al mismo para reclamar su indemnización dentro de los 20 días siguientes

a la publicación.

El Dr. Bermúdez, (2007) menciona que

este aspecto de carácter procedimental es de vital importancia en los procesos de carácter colectivo, toda vez que permite que las personas que no concurrieron al proceso (miembros ausentes), puedan conocer que la jurisdicción profirió una sentencia favorable a sus intereses, con el propósito de que éstos acudan al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos a reclamar su indemnización. (p. 381)



Capítulo III: Acción de Grupos para la defensa de derechos individuales homogéneos en el Perú, un contraste normativo

1. Legitimidad para obrar en ambas figuras procesales:

Dentro de nuestro ordenamiento nacional, conforme el art. 39 del Código Procesal Constitucional el sujeto legitimado para interponer la demanda de amparo es aquel que, según la descripción de los hechos contenidos en la demanda, es titular de los derechos constitucionales cuya protección se solicita. Sin embargo, no son los únicos que pueden comparecer ante el proceso: el Código Procesal Constitucional también considera una legitimación para obrar activa extraordinaria en el amparo a través de la representación procesal legal (carencia de capacidad de ejercicio) o representación procesal judicial (otorgamiento de facultades para participar de un proceso), brinda legitimación a terceros interesados en el proceso como litisconsorcio facultativo; o incluso, si el juez lo considera necesario podrá integrar terceros al proceso a través de una acumulación subjetiva de oficio.

Así también, el Código legitima a la Defensoría del Pueblo y otras entidades sin fines de lucro para la defensa de intereses difusos. En este punto debemos considerar lo desarrollado por un artículo que citamos a continuación, que podría considerar la puerta para la inclusión de la figura de acción de grupo en nuestro ordenamiento constitucional, el Art. 50 de la citada norma prescribe que:

“Cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte el interés de varias personas que han ejercido separadamente su derecho de acción, el Juez que hubiese prevenido, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la acumulación de los procesos de amparo”

Esta podría ser un aproximamiento a la defensa de derechos individuales homogéneos, lamentablemente la prescripción lingüística es limitante, y este límite

radica en el momento en que se hace efectiva la acumulación. Cabe resaltar, que no estamos aludiendo a la prescripción o caducidad de la acción; el artículo citado considera una acumulación de procesos constitucionales, pero únicamente a posteriori de un proceso constitucional previo y establece que pueden acumularse procesos hasta antes de emitir la resolución final. Al respecto el exmagistrado Ricardo Beaumont (2011) señala lo siguiente:

En la estación correspondiente del pleno administrativo, el secretario relator informa y pide aprobación respecto de varios asuntos, entre otros, acumulación de procesos. La razón para pedir la acumulación puede ser porque existe solicitud de parte o de demandantes o porque han llegado causas o expedientes de distintas vías o lugares del país, pero cumplen con los requisitos procesales para decretar su procedibilidad, y, por ende, su acumulación.

Existe identidad y no se presente obstáculo ni causa agravio alguno para un pronunciamiento jurisdiccional unificado, facilitando la tarea con obvios beneficios de celeridad y economía procesal.

Adoptado el acuerdo se notifica a las partes de tal suceso procesal para identificar eventuales oposiciones y resolverlas. De ser el caso, se programan las causas y se señala nueva fecha para la vista de la causa, ya acumulada, para escuchar a las partes (hechos) y sus abogados (cuestiones de derecho), así como a los procuradores.

En concordancia con lo prescrito en el art. 177, es posible la acumulación incluso se dé con posterioridad a la vista de la causa, con lo cual, según la praxis jurisdiccional interna del TC, no se requiera nueva programación de vista de la causa, sino únicamente la publicación de una resolución que da cuenta de ello, quedando subsistente el número de expediente que ingreso primero al tribunal, practicándose nueva foliación. (p.294)

En ese orden de ideas, tal como procedemos a analizar: tanto el litisconsorcio facultativo como el litisconsorcio de oficio mencionados anteriormente fueron

diseñados para la inclusión de terceros con interés, sin embargo, hay un requisito tácito para tal inclusión y la existencia de un proceso vigente iniciado por el agraviado “principal”. La acumulación subjetiva constitucional, también requiere que previamente hayan iniciado varios procesos independientes, en la defensa de sus respectivos derechos fundamentales, sean individuales o colectivos. Únicamente en ese escenario es que el litisconsorcio activo constitucional se hace efectivo.

Esto genera una situación caótica, consistente en que se admiten las demandas a tramites, con un origen común – que constituyen casos de derechos individuales homogéneos- sin advertir la imposibilidad de que puedan ser tramitadas de acuerdo con las reglas procesales vigentes. Cuando estos procesos avanzan, el juzgador recién empieza a advertir la imposibilidad de pronunciarse sobre el fondo de la controversia ante la probabilidad de pronunciamientos contradictorios, por lo que se obligado a acumular tales procesos, aumentando la carga laboral y tiempo del proceso.

Ahora bien, en contraposición nos toca revisar los artículos pertinentes respecto de la legitimación de la Acción de Grupos en tierras colombianas, para tal citamos los artículos 46, 48 y 49 de la Ley 472 que prescriben de la siguiente manera:

Art. 46. Procedencia de las acciones de grupo. *Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.*

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.

El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas.

48.- Titulares de las acciones: *Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47.*

El Defensor del Pueblo, los personeros municipales y distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados.

Parágrafo. En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder.

Art. 49.- Ejercicio de la acción: *Las acciones de grupo deben ejercerse por conducto de abogado.*

Cuando los miembros del grupo otorguen poder a varios abogados, deberá integrarse un comité y el juez reconocerá como coordinador y apoderado legal del grupo, a quien represente el mayor número de víctimas, o en su defecto al que nombre el comité.

Considerando lo citado, el Art. 48 de la Ley 472 colombiana legitima para la acción de grupo a las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual. Ahora bien, el parágrafo del mismo artículo prescribe adicionalmente que en la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas. En ese supuesto, la jurisdicción colombiana considera dos supuestos de legitimación activa: a) legitimación activa ordinaria lato sensu: exista un solo demandante que desee presentar la acción a nombre de todo el grupo, compuesto como mínimo de 20 personas. En este caso, se requiere que el demandante, sea una persona que integre el grupo como presupuesto para ejercer su titularidad; y, b) legitimación activa extraordinaria: que exista un grupo de mínimo 20 personas perjudicadas, que por medio de un abogado ejerzan la acción y será el juez quien deberá verificar que el representante del grupo actúa en nombre de todos los afectados. En este caso, debido a que los demandantes están actuando en conjunto, el juez para admitir la demanda deberá verificar que los afectados reúnen todos los requisitos exigidos en el artículo 46 y

55 de la Ley 472 colombiana. Adicionalmente, la norma en menciona legitima al Defensor del Pueblo, los personeros municipales y distritales para presentan las demandas de acción de grupos, dada la naturaleza de sus funciones;

Un punto que resaltar, respecto de la legitimidad ordinaria, en la acción de grupo colombiana es la característica de “representación adecuada” de la acción de grupo (importada desde la Class Action norteamericana “adequacy of representation”) es que quien presenta la demanda tiene dos calidades: parte del grupo y representante del grupo, adicionalmente actúa por los presentes del grupo accionante y los ausentes del grupo. Es el juez quien debe evaluar si reúne todas cualidades para representar los intereses del grupo, así como que no existan conflictos sustanciales entre los intereses del representante y los miembros ausentes de la clase. Tal connotación tan paternalista se encuentra ausente en nuestro derecho procesal constitucional peruano.

Si comparamos ambos textos normativos, la legitimación ordinaria y extraordinaria aparentemente son equivalentes, considerando que los legitimados para actuar son los propios agraviados y que es posible una legitimación extraordinaria de las personas naturales a través de representantes; otra similitud es que ambos textos consideran la legitimación de instituciones como la Defensoría del Pueblo; por otro lado, mientras que nuestro sistema legitima a organizaciones sin fines de lucro para el amparo, el sistema colombiano considera a los personeros municipales y distritales como legitimados. Otras diferencias radican respecto de la acumulación subjetiva, mientras que la acción de amparo solo considera un litisconsorcio en donde se incluyen terceros de manera facultativa u obligatoria y una acumulación subjetiva de oficio; la acción de grupos colombiana, conforme la Ley 472, tiene como base el litisconsorcio facultativo pero de las partes, vinculadas entre sí, cuyo derechos hayan sido vulnerados, no se hace mención alguna de terceros con interés, entendiéndose que todos tienen interés pluriindividual en el proceso. También es menester acotar, respecto del momento de la acción: en nuestro país, tanto el litisconsorcio (facultativo y el necesario) como la acumulación subjetiva de oficio son posteriores al inicio del proceso de amparo primitivo. En el caso de la

acción de grupos colombiana, la totalidad del grupo inicia el procedimiento de manera conjunta a través de la representación adecuada de uno de sus miembros y asesorado por un abogado.

Respecto del plazo para interponer la demanda, en nuestro país conforme al Art. 44 del Código Procesal Constitucional, el plazo de para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación. Por su parte la acción de grupos colombiana menciona que, sin perjuicio de la acción individual, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo. Estamos entonces ante una disyuntiva, puesto que nuestro sistema tiene una consideración aparentemente gravosa en comparación con la colombiana. Prima facie, esto no quiere decir que la tutela en el amparo peruano sea defectuosa o limitante. Sin embargo, debemos tener presente la diferente jurisdicción de ambas figuras procesales: El amparo es una acción constitucional caracterizada por ser extraordinaria, de urgencia y residual; el agraviado acude al amparo habiendo ya agotado todo posible medio alternativo y buscando una tutela célere. Está bien podría ser la explicación del periodo reducido para la presentación de la demanda. Por otro lado, la jurisdicción de la acción de grupos es contencioso-administrativa y civil, que no tiene carácter de extraordinario y de urgencia, además que todos los afectados deben reunirse y organizarse como un grupo no menor de 20 individuos agraviados, así como elegir un representante y asesorarse por un abogado; está bien podría ser el motivo del plazo más amplio para la interposición de la demanda.

2. Imposibilidad para indemnizar a un grupo indeterminado de personas a través del Amparo Peruano

La acción de clases norteamericana, el Código Modelo de Procesos Constitucionales y la Ley 472 de Colombia determinan una acción legal para la protección de derechos individuales homogéneos, la demanda en estos escenarios busca una protección indemnizatoria y no tanto una protección restitutoria: esta acción se ejerce exclusivamente para obtener el reconocimiento y el pago de indemnización de perjuicios. La jurisdicción por materia conforme el artículo 50 y 51

de la Ley 472 menciona que la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción ordinaria civil, será quienes conozcan de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares, ergo, este es un proceso judicial ordinario. En palabras del profesor Tamayo (2001):

por su parte la acción de grupo solo tiene como pretensión la indemnización, pues bien, su finalidad es el cobro de perjuicios individuales de un grupo de víctimas, derivados a su turno, de la violación efectiva de un derecho o interés colectivo, ya que en estas acciones se parte de que el daño o agravio ya está consumado y solo es compensable reconociéndose y ordenándose el pago en dinero de los daños que se causaron. (p.52)

Jurisprudencialmente en nuestro país, los derechos difusos han sido asociados con los derechos colectivos y estos a su vez con los derechos individuales homogéneos, siendo que la defensa de estos deberá ser a través del proceso de Amparo. Legalmente, conforme al Art. 40 el código procesal constitucional, el amparo es jurisdicción constitucional, el juez competente es el juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho. El reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva es el único caso en el que se permite el inicio de un proceso constitucional cuando la parte demandante se encuentre conformada por un grupo indeterminado de personas. Sin embargo, cuando las leyes establecen los mecanismos para la protección de este tipo de derechos, el ámbito de protección se centra en la prevención, es decir, su objetivo será (i) evitar que un daño se concrete o (ii) que se continúe produciendo. Ambos objetivos son la finalidad del proceso de amparo, y este no se busca una indemnización o reparación pecuniaria a favor de las víctimas del daño individualmente consideradas, sino que excepcionalmente se busca que el causante repare el daño al bien jurídico afectado. El Tribunal Constitucional ha establecido algunas aproximaciones a su contenido dotándolo de naturaleza restitutiva con el objeto de reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o vulneración del derecho constitucional (STC Exp. N° 01875-2004-PA, Fundamento 2). Por lo tanto, la acción de grupos colombiana como tal, es incompatible respecto

de la finalidad, la jurisdicción y la competencia, que nuestro proceso de Amparo difuso nacional.

3. Efectos de Sentencia

La sentencia como ya lo mencionamos antes es una “resolución judicial que pone fin al proceso, o un estadio del proceso (instancia o casación)” (Fairen, 1990, p. 355). En ese sentido, es indiscutible que la resolución con la cual culmina el amparo constituye una sentencia.

El juez al momento de dictarla, “debe efectuar un doble análisis de la pretensión o pretensiones contenidas en la demanda. En primer lugar, examinar si aquella cumple con los requisitos de procedibilidad que le exige el ordenamiento procesal (juicio de procedibilidad); y, en segundo lugar, en caso de superarlo, declarará que la pretensión es fundada o infundada (juicio de mérito)” (Peyrano, 1981, p. 301).

En el Perú, usualmente, la finalidad de la sentencia es la reposición al estado anterior de la violación del derecho fundamental; la sentencia no tiene naturaleza indemnizatoria, pero, cuando ello no es posible debido a que el daño se ha convertido en irreparable, el juez constitucional, luego de apreciar el agravio producido, puede pronunciarse sobre el fondo, estimando la demanda a efectos de exhortar al demandado para que no vuelva a afectar el derecho violado, pues de lo contrario, se le aplicarán las medidas coercitivas que incluye multas sucesivas y hasta la destitución, si se trata de un funcionario. La sentencia de amparo genera cosa juzgada constitucional cuando ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional; por ello, jurisprudencial y excepcionalmente, cabe un amparo contra amparo cuando éste último, resuelto por el Poder Judicial, haya violado por ejemplo los precedentes constitucionales vinculantes.

Como regla general, las sentencias sólo tienen efectos entre las partes de un proceso, también el Código Procesal Constitucional (en adelante, CPC) ha previsto en el artículo VII que a la sentencia constitucional que se pronuncie sobre el fondo de la controversia se le pueda otorgar efecto normativo de carácter general -erga omnes-; esto sin perjuicio que los jueces ordinarios están vinculados a la

jurisprudencia constitucional en casos similares -stare decisis- previsto en el artículo VI in fine del CPC (Landa, 2007).

En este supuesto la acumulación subjetiva de oficio, litisconsorcio facultativo y la acumulación de procesos, previamente desarrollados, deberán ser previos a la sentencia y en el estado en el que se encuentre el proceso ya iniciado.

De otro lado, se puede solicitar la actuación de una sentencia estimatoria de primer grado, aunque haya sido recurrida; asimismo, si la sentencia de segundo grado fuera desfavorable sólo para la víctima, ésta puede recurrir al Tribunal Constitucional en recurso de agravio y si se la deniega el Poder Judicial puede acudir directamente en queja al Tribunal. Si se reiterase el agravio declarado en una sentencia de amparo, el afectado puede recurrir a la represión de los nuevos actos lesivos homogéneos, sin necesidad de entablar un nuevo proceso de amparo. Otro supuesto sería el caso en que el juez detectará la violación masiva de derechos fundamentales de diversas personas producto de las fallas estructurales de entidades estatales, en ese supuesto emitirá las conocidas sentencias “estructurales” que declaran el estado de cosas inconstitucional, a través de un amparo.

Tal como lo hicimos, procedemos a analizar los efectos de las sentencias de la acción de grupo colombiana: Si bien es cierto desarrollamos la forma en que se constituye el grupo para iniciar las acciones, sin embargo, debemos citar ahora los Art. 55 y 56 de la ley 479 para realizar un análisis de estas:

Art. 55.- Integración al grupo. *Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o*

caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas. La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella. Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud el interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo.

Art. 56.- Exclusión del grupo. *Dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, cualquier miembro de un mismo grupo podrá manifestar su deseo de ser excluido del grupo y, en consecuencia, no ser vinculado por el acuerdo de conciliación o la sentencia. Un miembro del grupo no quedará vinculado a los efectos de la sentencia en dos situaciones: a) Cuando se haya solicitado en forma expresa la exclusión del grupo en el término previsto en el inciso anterior; b) Cuando la persona vinculada por una sentencia pero que no participó en el proceso, demuestre en el mismo término que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación. Transcurrido el término sin que el miembro así lo exprese, los resultados del acuerdo o de la sentencia lo vincularán. Si decide excluirse del grupo, podrá intentar acción individual por indemnización de perjuicios.*

Aunque previamente, resaltamos el hecho que en este tipo de acción las partes pueden iniciar el procedimiento de manera colectiva, no puede negarse también la noción “opt in” y “opt ut” de la Class Action Norteamérica, característica no viable en nuestro sistema. Esta característica se refiere a la exclusión e inclusión al proceso y específicamente a los efectos de la sentencia. La ley 472 establece que, dentro de los diez días hábiles siguientes a la presentación de la demanda, el juez

competente se pronunciará sobre su admisión. En el auto que admita la demanda, además de disponer su traslado al demandado por el término de diez días, el juez ordenará la notificación personal a los demandados. Dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del mencionado traslado, los miembros podrán solicitar la exclusión del grupo e iniciar sus propias acciones individuales. Ahora bien, en el caso que haya otras acciones individuales relativas a los mismos hechos estas podrán acumularse al proceso, previa solicitud. Una figura muy similar al litisconsorcio facultativo constitucional peruano. Ahora bien, una característica única es la opción es integrarse al grupo posteriormente a emitida la sentencia, quien no haya concurrido previamente y su acción no haya prescrito tendrá hasta 20 días después de publicada la sentencia para acogerse a la misma, como miembro del grupo, pero esto sin obtener mayor indemnización ni pago de costas.

Recordemos que estamos ante un proceso de jurisdicción administrativo-contencioso, que su finalidad es una indemnización, por ello tendremos audiencia de conciliación y también actuación de medio probatorios; ambos actos incompatibles con la acción de amparo peruana, salvo que el juez considere necesaria la actuación de ciertos medios de prueba.

Para que se haga efectivo el efecto “opt in” o la inclusión del proceso, incluso posterior a la sentencia, esta deberá contar con requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan ser incluidos dentro de los efectos de la sentencia (indemnización). Finalmente, la sentencia, de ambos procesos comparados, tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Ha quedado demostrado que la figura procesal de origen colombiano denominada Acción de Grupos es compatible con la Acción de Amparo Peruana, y esta generaría un gran aporte a nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Tomando nociones procesales de la Acción de Grupos, el Amparo peruano tomaría una nueva forma y se concretizaría en un nuevo subtipo de Amparo, que bien podríamos denominarlo Amparo Colectivo.

SEGUNDO: El Amparo peruano y la acción de grupos colombiana se diferencian por derechos tutelados, jurisdicción y finalidad. El Amparo Difuso peruano ha sido determinado, normativa y jurisprudencialmente, como el proceso idóneo para la defensa de derechos supraindividuales (derechos difusos y colectivos). Adicionalmente a ello debemos que resaltar que el Amparo es de jurisdicción Constitucional y tiene una finalidad restitutoria. Por otro lado, la Ley 472 de 1998, Colombia, regula dos tipos de proceso: a) Acción Popular, que es equivalente al Amparo Difuso peruano; y b) Acción de Grupos, mecanismo para la defensa de los derechos individuales homogéneos (derechos legales o constitucionalmente reconocidos). Estos procesos son de jurisdicción contenciosa-administrativa, cuya finalidad es resarcitoria, específicamente indemnizatoria.

TERCERO: En nuestro país, el litisconsorcio activo constitucional en la acción de Amparo opera únicamente post facto, por cuanto es necesaria la existencia de un proceso individual primitivo al cual se puedan acumular los demás que se consideren legitimados por el juez o la ley. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico procesal constitucional, únicamente podrán ingresar al proceso los terceros con legítimo interés, a través de un litisconsorcio facultativo, cuando ellos lo

consideren; o litisconsorcio necesario, cuando el juez lo considere pertinente. Adicionalmente, si el juez considera necesario podrá realizar una acumulación subjetiva de oficio. Las figuras procesales posteriores a la sentencia, como represión de actos homogéneos o estado de cosas inconstitucionales, no brindan una solución a la tutela de derechos individuales homogéneos.

CUARTO: La Acción de Grupos Colombiana, es un derivado de las acciones civiles colectivas de origen anglosajón para la defensa de derechos de incidencia colectiva. Esta figura procesal legitima a todos y cada uno de los individuos afectados para actuar en representación de una colectividad determinada o determinable, denominada “grupo”. La sentencia estimatoria de tal acción surte efectos de cosa juzgada para cada miembro del grupo, presente o ausente. Los requisitos para ser considerado parte del grupo, deberán estar especificados en el escrito de demanda y, posteriormente, serán citados por el juez a través de la sentencia para que todo aquel que los cumpla sea considerado como miembro del grupo y favorecerse de los efectos de la misma.

QUINTO: Los criterios procesales de la Acción de Grupos Colombiana bien podrían complementar el vacío normativo dentro del marco procesal constitucional nacional en la defensa de derechos de incidencia colectiva, específicamente de derechos pluriindividuales. Creando un verdadero litisconsorcio activo constitucional, a través de un “Amparo Colectivo”; en caso se concretizará la propuesta, la sentencia del amparo colectivo tendría los mismos efectos de una sentencia de amparo común. Esto incluye la posibilidad de demandar la represión de actos homogéneos o una declaración de estado de cosas inconstitucional.

SUGERENCIAS

PRIMERO: Se sugiere promover una Ley que reforme los Artículos 40, 42, 44 50 y 55 del Código Procesal Constitucional para la inclusión de un Amparo Colectivo en nuestro país, cuya finalidad sería la tutela efectiva de los derechos individuales homogéneos en el Perú.

SEGUNDO: Debe haber mayor celeridad en la tramitación de los procesos de amparo dado el carácter de urgencia de la misma acción, la sobrecarga laboral de los órganos jurisdiccionales no puede ser un obstáculo para la tutela efectiva de los derechos constitucionales.

TERCERO: Impulsar el estudio, investigación y desarrollo de las figuras procesales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico nacional; actualizando y reformulando, si es necesario, las mismas para que se adecuen a las necesidades de una sociedad que se encuentra en constante evolución; tomando nociones del derecho comparado y evaluando sus resultados en el extranjero.

PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Como consecuencia de la presente investigación se ha evidenciado la ausencia normativa en la regulación actual la tutela de derechos de incidencia colectiva, específicamente en los derechos pluriindividuales, por lo que, en aras de diseñar un proceso de amparo colectivo más adecuada para tal fin, se propone el siguiente Proyecto de Ley.

- Exposición de Motivos

La persona humana es el fin supremo del Estado y de la sociedad; así lo señala el Art. 1 de la Constitución Política del Perú. En virtud de ese compromiso el Estado tiene la obligación de proteger a los ciudadanos y garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos. El proceso de amparo es la garantía constitucional por excelencia y el medio procesal idóneo para asegurar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, así como la supremacía constitucional.

Los derechos de incidencia colectiva no pueden ser la excepción a la tutela jurisdiccional constitucional, la ausencia de normativa aplicable a la defensa de derechos individuales homogéneos puede vulnerar los principios de debido proceso, tutela jurisdiccional, derecho de la defensa, entre otros; generando un estado de indefensión de las víctimas que acuden a los órganos jurisdiccionales en búsqueda de una tutela urgente y célere de sus derechos.

En virtud de lo señalado es menester realizar modificaciones al proceso de amparo para que el juez pueda cumplir con su obligación de impartir justicia en caso de la vulneración de derechos pluriindividuales en nuestro país.

- Efectos de la Norma sobre la Legislación Nacional:

La presente norma va a permitir que se admita y resuelva de manera efectiva las demandas de amparo, logrando una tutela adecuada de los derechos pluriindividuales.

- Análisis de Costo Beneficio:

La propuesta legislativa, no irroga un gasto para el erario nacional, más se ajusta dentro de las observaciones expuestas en los fundamentos de distintas sentencias del tribunal constitucional, contribuyendo con la labor de impartir justicia de los órganos jurisdiccionales.

FORMULA LEGAL:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE INCORPORA PÁRRAFOS A LOS ARTÍCULOS 42, 44, 50 Y 55 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Artículo único: Incorpórese al Código Procesal Constitucional los párrafos a los artículos 42, 44, 50 y 55, en los siguientes términos:

- **Artículo 42.- Demanda**

La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos:

(...)

Excepcionalmente, para el amparo colectivo, el accionante deberá, además de los requisitos antes mencionados, incluir una fundamentación clara y precisa respecto de la necesidad de entablar la acción como grupo, la definición del grupo conformado por mínimo 20 individuos y los requisitos para ser considerado miembro del grupo.

- **Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda**

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Excepcionalmente, este plazo será prorrogable hasta por 30 días en el caso de amparo colectivo.

- **Artículo 50.- Acumulación de procesos y resolución inimpugnable**

(...)

Cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte los derechos individuales de varias personas, estas podrán ejercer su derecho de acción de manera colectiva, a través de un representante que sea parte del grupo.

La resolución que concede o deniega la acumulación es inimpugnable.

- **Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada**

(...)

Tratándose de amparo colectivo, la sentencia deberá contener, adicionalmente a lo previamente mencionado, la definición del grupo y los requisitos que deberán cumplir los demás interesados para que puedan acceder a sus beneficios de la sentencia.

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

Comuníquese al señor presidente de la República para su promulgación.

En Lima, 01 de septiembre del 2018

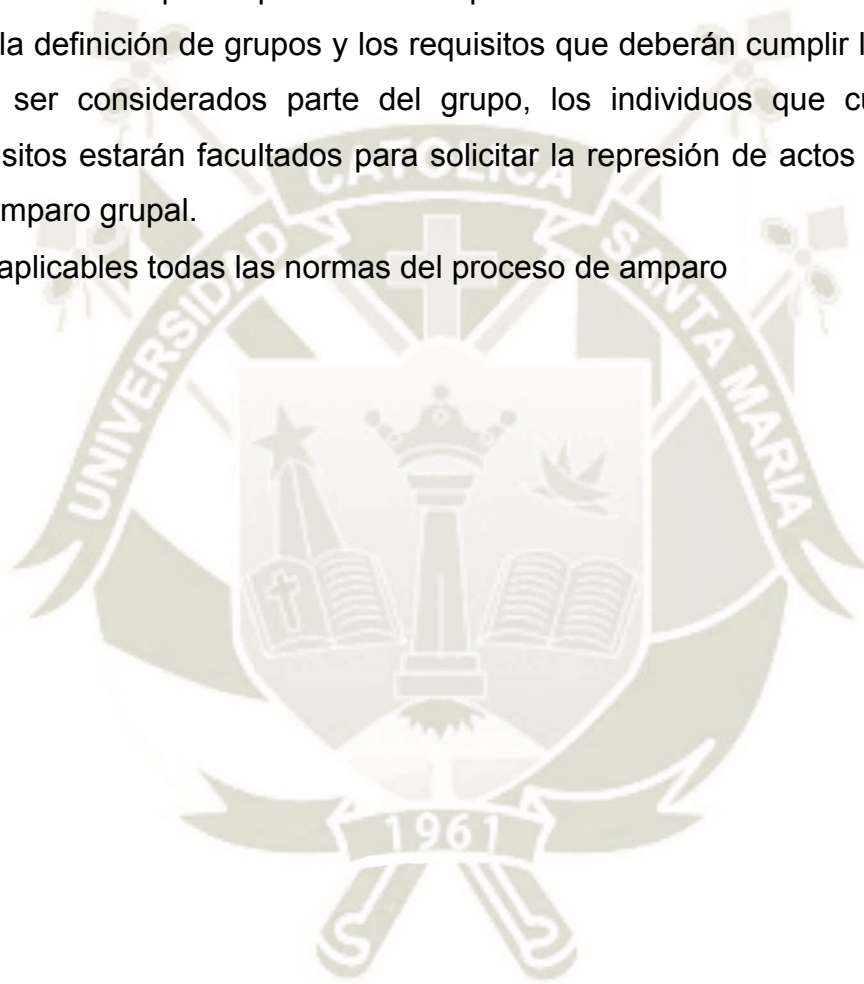
Congreso de la Republica

PROPUESTA DE DESARROLLO PROCESAL DEL AMPARO COLECTIVO/GRUPAL

- Derechos protegidos: Derechos individuales homogéneos, de un grupo indeterminado de personas afectadas por un hecho en común; que por las circunstancias hace imposible un litisconsorcio propiamente desarrollado por el Código Procesal Constitucional
- Legitimación: Se encuentran legitimados originalmente los propios afectados titulares de derechos fundamentales, sean personas naturales o jurídicas, a través de un representante del grupo, que bien puede ser representante legal. También se encuentran legitimados la Defensoría del Pueblo, de oficios y si se considere conveniente, y asociaciones sin fines de lucro.
- Litisconsorcio facultativo: Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo ingresando al proceso en el estado en que este se encuentre.
- Representación adecuada: Se debe promover que representación sea la más eficiente respecto del grupo al que represente, asesorada por un letrado. El juez evaluará los requisitos del grupo y del representante, así como la no existencia de conflicto entre intereses personales con intereses del grupo. En caso de que no cumplan con los criterios necesarios para considerar la representación como adecuada, se notificará a los miembros del grupo para que se reorganicen, así como también a la Defensoría del Pueblo.
- El plazo para interponer la demanda de acción de grupos es el mismo que el de acción de amparo conforme al Art. 44 del Código Procesal Constitucional; salvo que por motivos de organización se necesite una prórroga que no puede ser mayor a 30 días.

- Los requisitos de la demanda de acción de grupo, serán los mismos requisitos que la demanda de acción de amparo conforme al Art. 42 del Código Procesal Constitucional, adicionalmente deberá constar por escrito:
 - Fundamentación clara y precisa respecto de la necesidad de entablar la acción como grupo.
 - Fundamentación que valide su legitimación para accionar, así como la definición del grupo y los requisitos para ser parte.
 - Fundamentos claros y precisos del acto violatorio y de los derechos individuales homogéneos vulnerados.
- Litispendencia: En caso de que el demandado tenga conocimiento de otros procesos incoados en su contra, que cuyo acto vulneratorio, así como los derechos invocados por el accionante sean sustancialmente homogéneo al de la acción de grupos; deberá de notificar al demandante y al juzgado para que la acción individual se suspenda y proceda a ser parte del proceso colectivo y se beneficiara del mismo. En caso de que desestimen la acción grupos, este podrá nuevamente interponer a través de un proceso individual
- El auto admisorio de la demanda, así como la definición del grupo, deberán ser publicadas en un diario de amplio alcance local, que permita que más individuos tomen conocimiento del proceso y puedan ingresar al proceso como litisconsorte facultativo en el estado que se encuentre el proceso, conforme al Art. 54 del Código Procesal Constitucional. En caso de que el Juez tome conocimiento de otros procesos que tengan legítimo interés en el proceso, podrá integrarlos al proceso, conforme el Art. 43 del Código Procesal Constitucional.
- Se deberá crear un registro virtual específicamente donde se puedan registrar las sentencias estimatorias de amparos grupales.
- La sentencia deberá contener los mismos puntos desarrollados por el art. 55 del Código procesal Constitucional, así como la definición del grupo y los requisitos que deberán cumplir los demás interesados para que puedan acceder a sus beneficios de la sentencia.

- La sentencia tiene efecto de cosa juzgada, sin embargo, esta solo alcanzara a los miembros como grupo, en caso de ser desestimatoria dejara libre sus derechos de interponer acciones individuales.
- El juez podrá determinar la acción de grupos con la calidad de “erga omnes” o, si lo considera necesario, declarar Estado de cosas inconstitucionales, de la misma manera que un proceso de amparo común.
- Con la definición de grupos y los requisitos que deberán cumplir los individuos para ser considerados parte del grupo, los individuos que cumplan tales requisitos estarán facultados para solicitar la represión de actos homogéneos del amparo grupal.
- Son aplicables todas las normas del proceso de amparo



BIBLIOGRAFÍA

ABAD, Samuel

2004 *Proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

2008 *La Creación jurisprudencia de las normas procesales: la autonomía procesal del tribunal constitucional en Palestra del Tribunal Constitucional*. Revista de Doctrina y Jurisprudencia. Vol XXX. Lima: Palestra.

2015 El proceso de amparo en el Perú: antecedentes, desarrollo normativo y regulación vigente. En *Themis Revista de Derecho*. N° 67. Lima: PUCP

2017 *El Proceso constitucional de Amparo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A

ACOSTA, Paola

2003 *La Persona ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Facultad de Derecho de Universidad Externado de Colombia.

ACOSTA, Juana

2005 *La protección de víctimas indeterminadas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana,

ADAMS, Norma & DONAHUE, Charles

1981 *Select cases from the ecclesiastical courts of the Province of Canterbury. c. 1200-1301*. London: Selden Society.

ALFARO, Roberto

2009 *Guía rápida del Proceso Constitucional de Amparo*. Lima: Grijley Editores

ALMAGRO, José

1984 *Constitución y proceso*. Barcelona: Bosch Editores

APOLÍN, Dante

2012 *La Protección de los Derechos Individuales Homogéneos y los Problemas de Acceso a la Jurisdicción a través del Proceso Civil*. En *Derecho & Sociedad* N° 38. Lima: PUCP

ARRARTE, Ana María.

1994 *La defensa procesal de los intereses difusos*. En *Ius Et Praxis* N° 24. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

1997 *Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros y su tratamiento en el código procesal civil peruano*. En *Revista Peruana de Derecho Procesal* N° 01, Lima: Communitas.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN PARÍS

1948 Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, 10 de diciembre.
Consulta: 15 de septiembre de 2018

<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

BAHE-JACHNA, Ruth A.

2010 *Numerosity, Commonality, and Typicality in A Practitioner's Guide to Class Actions*. Segunda edición, Chicago: American Bar Association.

BANDRÉS, José M.

1992 *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Pamplona: Aranzadi.

BEAUMONT, Ricardo

2011 *Comentarios al Código Procesal Constitucional y Proyecto de Reforma*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

BEJARANO, Ramiro

2005 *Divagaciones sobre las acciones de grupo*. En *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal* de Universidad Libre. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

BERMÚDEZ, Martín

2007 *La acción de grupo: Normativa y aplicación en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario

BERNSTEIN, Roger

1978 *Judicial Economy and Class Actions*. En *The Journal of Legal Studies* N° 2. Vol. 7. Chicago: The University of Chicago Press

BIDART, German

1963 *Derecho Constitucional: Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*. Segundo Volumen. Buenos Aires: Ediar.

BLASCO, María Del Carmen.

1994 Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad”. En: “Revista española de derecho constitucional”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Año 14. N. 41. Madrid.

BRECCIA, Umberto y otros.

1992 *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia.

BUJOSA, Mateo L.

1995 *La Protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona: José María Bosch S.A.

CABRERA, Lucio

1993 *La Tutela de los intereses colectivos o difusos*. En: AA.VV. *XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Mexico: UNAM.

CAMARGO, Pedro P.

2009 *Las acciones populares y de grupo: Guía práctica de la Ley 472 de 1998*. Sexta edición. Bogotá: Editorial Leyer.

CARNELUTTI, Francesco.

1944 *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Uteha.

CARRIÓN, Jorge.

2000 *Tratado de Derecho Procesal Civil -Teoría General del Proceso*. Lima: Grijley

CARRILLO, Arturo.

2009 *Un caso con dimensión internacional “ejercicio de acciones de clase en el sistema anglosajón en defensa de los derechos de grupos vulnerables en América Latina: el caso contra Chiquita Banana (CBI)*. En LONDOÑO, Beatriz (Editor). *Justiciabilidad de los derechos colectivos: Balance de la Ley de*

acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años-1998-2008. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

CASCAJO, José y GIMENO, Vicente

1984 *El recurso de amparo.* Madrid: Editorial Tecno

CASTILLO, Luis

2006 *Comentarios al Código Procesal Constitucional.* Tomo I. Lima: Palestra Editores.

2008 *Derechos Fundamentales y procesos constitucionales.* Lima: Grijley.

2009 *Análisis de la doctrina de la represión de actos homogéneos.* en Gaceta Constitucional N° 16, Lima: Gaceta Jurídica.

2011 *El recurso como elemento esencial de la pluralidad de instancias.* En *Estudio sobre los medio impugnatorios laborales y constitucionales.* Lima: Gaceta Jurídica.

2014 *El recurso de agravio constitucional como elemento al servicio de la protección plena de los derechos fundamentales.* En *Gaceta Constitucional.* Lima: Gaceta Jurídica.

CASTRO, Juan de Dios

2005 *Las partes en el juicio de amparo.* México: Fondo de Cultura Económica.

CHAMORRO, Francisco.

2002 *La tutela judicial efectiva.* Barcelona: Bosch.

CHAUMET, Mario y MENICOCCI, Alejandro A.

2000 *El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna.* En *Investigación y Docencia* N° 23. Ciudad de Rosario: Universidad Nacional de Rosario

CHIOVENDA, Giuseppe

1954 *Instituciones de Derecho Procesal Civil.* Volumen II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

1991 *Constitución Política de Colombia.* Bogotá. Consulta: 15 de septiembre de 2018

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

- 1998 *Ley N° 472*. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Bogotá, 04 de agosto.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE PERÚ

- 1993 *Constitución Política de la República Peruana*. Lima. Consulta: 15 de septiembre de 2018.
http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1823/Cons1823_TEXTO.pdf
- 1995 *Ley N° 26520*. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Lima, 8 de agosto.
- 2001 *Ley N° 27444*. Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Lima, 11 de abril.
- 2004 *Ley N° 28237*. Código Procesal Constitucional. Lima, 28 de mayo.
- 2005 *Ley N° 28611*. La Ley General del Ambiente. Lima, 13 de octubre

COOPER, Janet

- 2000 *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*. En *Debates over Group Litigation in Comparative Perspective*. Geneva, Switzerland.
Fecha de Consulta: 20 de Septiembre 2018
<https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>

COUTURE, Eduardo

- 2002 *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Cuarta Edición, Buenos Aires: Editorial IB de F.

CORDÓN, Faustino

- 1979 *Anotaciones acerca de la legitimación*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana N° 2 Madrid: Edersa.
- 1987 *El proceso de amparo constitucional*. Madrid: La Ley.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL

- 2014 Legal Information Institute: Center of Computer Assisted legal instruction, Federal Rules of Civil procedure.

CORREA, Ruth S. y BERMÚDEZ, Martín.

2006 *Aspectos procesales de la acción de grupo en la legislación colombiana*. En *XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal

1983 *De la responsabilidad civil*. Ciudad de México: Editorial Themis.

CRUZ, Omar A.

2008 *Los efectos generales en las sentencias constitucionales*. En *AAVV Estudios Homenaje a Hector Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho-El Juez y sentencias constitucionales*. Tomo V. Ciudad de México: Marcial Pons.

CRUZ, Pedro

1992 *Dos Cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 35. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CUEVAS, Eurípedes

2006 *De las Acciones de Grupo*. En *XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

DE LA OLIVA, Andrés

2005 *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Editorial Civitas.

DEVIS, Hernando

1984 *Teoría General del Proceso*. Primera Edición. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires.

2002 *Teoría general del proceso, Aplicable a toda clase de procesos*. Tercera Edición. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires

DIEZ-PICAZO, Luis M.

1994 *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*. en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 40. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ESGUERRA, Juan C.

2004 *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Editorial Legis.

ESPINOZA, Rodolfo J.

2007 *Los Principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional. En El Derecho Procesal Constitucional Peruano - Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. Segunda Edición. Lima: Grijley Editores.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy

2004 *Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores.

ETO, Gerardo.

2014 *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica.

2018 *El Amparo, Los derechos fundamentales y otros conceptos claves en el Proceso de Amparo*. Lima: Gaceta Jurídica.

FAIREN, Victor.

1990 *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona: Bosch.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo.

2002 *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho Comparado*. México: Editorial Porrúa.

2003 *Juicio de Amparo e Interés legítimo: la Tutela de los Derechos Difusos y D.F. Colectivos*. México: Editorial Porrúa.

2013 *Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal*. En *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional, antecede prólogo de Diego Valadés y estudio introductorio de Hector Fix-Zamudio*. Madrid: Marcial Pons.

FONS, Carolina

1998 *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*. Barcelona: Editorial J. M. Bosch.

FORNACIARI, Flávia H.

2010 *Representatividade adequada nos processos coletivos*, Tesis de Doctorado.
São Paulo: Universidad de São Paulo.

FORTUNO, Juan C.

1995 *Comentario: pleitos de clase, la notificación individual y el debido proceso de Ley Federal*. En *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. Volúmen 64.
Puerto Rico: Universidad de Puerto Rico



GALDÁMEZ, Liliana

2007 *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones*. Revista Chilena de Derecho N° 3, Volúmen 34. Santiago: Pontífice Universidad Católica de Chile.

GARCÉS, Kenneth

2005 *La tutela preventiva y el artículo 60 del Código Procesal Constitucional: la represión de actos homogéneos*. En *Proceso & Justicia* N° 5. Lima: Revista de Derecho Procesal.

GARCÍA, Domingo

1971 *El Habeas Corpus interpretado*. Lima: PUCP

1980 *El hábeas corpus en la nueva Constitución*. En *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Normas Legales S.A.

GARCÍA, Sergio.

2002 *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

GARCÍA, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio

1986 *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Editorial Civitas.

GIIDI, Antonio.

2004 *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Un modelo para países de derecho civil*, México: UNAM.

2004 *Cosa juzgada en acciones colectivas*. En GIIDI Y FERRER MAC-GREGOR, (coordinadore) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: Hacia un código modelo para Iberoamérica*. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

2003 *Class Actions in Brazil — A Model for Civil Law Countries*, *American Journal of Comparative Law*. Nueva York: Syracuse University - College of Law

GIMENO, Vicente

2017 *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte General*, Segunda Edición. Madrid: Colex.

GÓMEZ, Angel.

2001 *Titularidad de los derechos fundamentales*. En: ARAGÓN, Manuel (Coordinador). En *Temas básicos de Derechos Constitucional*. Primera edición. Tomo III. Madrid: Civitas.

GONZÁLEZ, Sergio.

2005 *Nuevo rumbo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. El renacimiento de la acción de grupo*. En *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: responsabilidad, contratos y servicios públicos*. Serie Doctrina Jurídica N° 214. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

GOZAÍNI, Osvaldo A.

2004 *Amparo, Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

2005 *Los Problemas de legitimación en los procesos constitucional*. Mexico D.C.: Porrúa.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo

1999 *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra: Aranzadi.

INDACOCHEA, Ursula.

2008 *Litisconsorcio e intervención de terceros en el proceso de amparo*. Gaceta Constitucional N°1. Lima: Gaceta Jurídica

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

2004 *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*. Caracas, 28 de octubre.

HABERMAS, Jurgen.

1998 *Facticidad y validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta

HARKINS, John G.

1997 *Federal Rule 23 – The Early years*. Arizona: Arizona Law Review.

HENSLER, Deborah R.

- 2013 *Of Groups, Class Actions, and Social Change: Reflections on From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. Los Angeles: UCLA.
- 2000 *A matter of some interest*. En *Class Action Dilemmas, Persuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica: Rand Corporation

HERNÁNDEZ, Alier

- 2005 *Regulación de las acciones de grupo formuladas en contra de las entidades públicas en el derecho colombiano*. En *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal

HINOSTROZA, Alberto

- 2003 *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

HABERLE, Peter.

- 1997 *El Recurso de Amparo en el Sistema Germano-Federal de Jurisdicción Constitucional*. En GARCÍA, Domingo y FERNÁNDEZ, Francisco (Coordinadores). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid : Dykinson

LANDA, Cesar

- 2005 *El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano*. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. México D.C.:UNAM.
- 2006 *Estudios Sobre Derecho Procesal Constitucional*. México Editorial Porrúa,
- 2007 *Los precedentes constitucionales*. En *Justicia Constitucional* N° 5. Año III.Lima: Palestra.

LÓPEZ, Berly

- 2015 *La especial trascendencia constitucional del RAC y su relación con las causales de improcedencia de los procesos constitucionales*. Revista peruana De Derecho Constitucional La especial trascendencia constitucional N° 8 · Lima: Nueva Época

LÓPEZ, Carlos M.

- 2009 *Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos*. Revista Estudios Socio Jurídicos. Volumen 11. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- 2010 *La acción de grupo: mecanismo adecuado y efectivo para reparar graves violaciones a los derechos humanos*. Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- 2011 *La acción de grupo, Reparación por violación a los derechos humanos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario

MALAGA, Maribel

- 2008 *Represión de actos homogéneos*. En *Gaceta Constitucional* N° 4. Lima: Gaceta Jurídica.

MESIA, Carlos

- 2004 *Exegesis del Código Procesal Constitucional*. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica

MEJÍA, Camilo.

- 2003 *La reparación integral con énfasis en las medidas de reparación no pecuniarias en el sistema interamericano de derechos humanos*. Facultad de Derecho. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 1993 *Resolución Ministerial N° 010-93-JUS*. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Lima, 8 de enero.

MONTERO, Juan.

- 1989 *Derecho Jurisdiccional-Parte General*. Segunda Edición. Barcelona: Bosch
- 1994 *La legitimación en el proceso civil - intento por aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él*. Madrid: Civitas.

MONROY, Juan

- 2003 *Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil*. En *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima: Comunidad.

MORALES, Juan

2005 *Instituciones de derecho procesal*. Lima: Palestra Editores.

O'DONNELL, Daniel

2004 *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá : Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

OLIVER, Joan

1986 *El recurso de amparo*. Palma: Facultad de Palma de Mallorca.

ORTECHO, Víctor

2004 *Procesos Constitucionales y su Jurisdicción*. Lima: Editorial Roshas.

OVALLE, José

2003 *Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 107. Méxicio: UNAM

PELLEGRINI, Ada.

1988 *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores (Acciones Colectivas para Tutela del Ambiente y de los Consumidores)*. En: AA. VV. *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus 30 años como investigador de las Ciencias Jurídicas*. Tomo III. Derecho Procesal. México: Universidad Autónoma de México.

PEYRANO, Jorge

1981 *El juicio de procedibilidad*. En *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario* N°3. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

1986 Decreto 1333. Código de Régimen Municipal. Bogotá, 25 de Abril. Consulta: 15 de septiembre de 2018.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1234>

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DEL PERÚ

1993 *Decreto Supremo N° 017-93-JUS*. Ley Orgánica del Poder Judicial. Lima, 02 junio.

Consulta: 15 de septiembre de 2018.

http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_ds017.pdf

PRIORI, Giovanni

1997 *La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional*. En *Ius Et Veritas* N° 14. Lima: PUCP

RIOJA, Alexander

2015 *Recurso de queja, en Código Procesal Constitucional Comentado*. En *Gaceta Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

ROCCO, Ugo

1976 *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Bogotá: Temis- Buenos Aires: Depalma,

ROJAS, Jimmy

2006 *Comentarios a la ponencia de los doctores Ruth Stella Correa Palacio y Martín Bermúdez Muñoz sobre acciones de grupo*. En *XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre. Bogotá D.C. : Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

ROTHSTEIN & WILLGING, E.T.

2010 *Managing Class Action Litigation, A pocket guide for Judges*. Tercera Edición. Washington: Washington Federal Center.

SÁNCHEZ, Miguel

1987 *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SAGÚES, Néstor P.

1991 *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*. Tercera Edición. Buenos Aires: Astrea.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

1938 *Regla Federal de Procedimiento Civiles*. Washington D.C. Consulta: 15 de septiembre de 2018

<https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>

TAMAYO, Javier

2001 *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Medellín: Editorial Diké.

TARUFFO, Michele

2005 *Modelos de tutela jurisdiccional de intereses colectivos*. En *Revista de Derecho Privado* N°9. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

TORRES, Humberto

2013 *La represión de actos lesivos homogéneos y el nuevo RAC "verificador de la homogeneidad"* Gaceta Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

2009 Sentencia T-191/09. Sentencia: 20 de marzo
Consulta: 15 de septiembre 2018
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-191-09.htm>

1999 Sentencia C-215/99. Sentencia: 14 de abril
Consulta: 15 de septiembre 2018
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-215-99.htm>

1999 Sentencia C-241/99. Sentencia: 16 de abril
Consulta: 15 de septiembre 2018
<https://app.vlex.com/#vid/43562553>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

2002 STC Exp. N° 1607-2002-AA/TC. Sentencia: 17 de marzo 2004.
Consulta: 15 septiembre 2018.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01607-2002-AA.html>

2002 STC Exp. N° 0266-2002-AA/TC. Sentencia: 10 de marzo de 2005
Consulta: 15 de septiembre 2018.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00266-2002-AA.html>

2002 STC Exp. N° 0410-2002-AA/TC. Sentencia: 15 de octubre 2002.
Consulta: 15 de septiembre 2018

- <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00410-2002-AA.pdf>
- 2003 STC Exp. N° 2302-2003-AA/TC. Sentencia: 13 de abril 2005
Consulta: 15 septiembre 2018.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02302-2003-AA.pdf>
- 2003 STC Exp. N° 0569-2003-AA/TC. Sentencia: 05 de abril 2004
Consulta: 15 de septiembre 2018.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00569-2003-AC.html>
- 2003 STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC. Sentencia: 10 de octubre de 2005
Consulta: 15 de septiembre 2018
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>
- 2004 STC Exp. N° 4587-2004-AA/TC. Sentencia: 29 de noviembre de 2005.
Consulta: 15 de septiembre 2018
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.pdf>
- 2004 STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC. Sentencia: 01 de abril de 2005.
Consulta: 15 septiembre 2018.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- 2004 STC Exp. N.° 1875-2004-AA/TC. Sentencia: 05 de octubre 2004.
Consulta: 15 septiembre 2018.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01875-2004-AA.html>
- 2004 STC Exp. N° 2980-2004-AA/TC. Sentencia: 18 de enero 2005.
Consulta: 15 septiembre 2018.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02980-2004-AA.html>
- 2004 STC Exp. N° 518-2004-AA/TC. Sentencia: 12 de julio 2004.
Consulta: 15 de septiembre 2018.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00518-2004-AA.html>
- 2004 STC Exp. N° 4586-2004-AA/TC. Sentencia: 15 de noviembre 2005.

Consulta: 15 septiembre 2018.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04586-2004-AA.pdf>

2004 STC Exp. N° 01875-2004-PA/TC. Sentencia: 05 de octubre de 2004

Consulta: 15 septiembre 2018.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01875-2004-AA.html>

2005 STC Exp. N° 2876-2005-PHC/TC. Sentencia: 22 de junio 2005.

Consulta: 15 septiembre 2018.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02876-2005-HC.html>

2005 STC Exp. N° 5951-2005-PA/TC. Sentencia: 09 de diciembre de 2005.

Consulta: 15 septiembre 2018.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/05951-2005-AA.pdf>

2005 STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC. Sentencia: 27 de octubre de 2006.

Consulta: 15 septiembre 2018.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>

2005 STC Exp. N° 2876-2005-PHC/TC. Sentencia: 22 de junio 2005.

Consulta: 15 septiembre 2018.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02876-2005-HC.html>

2005 STC Exp. N° 9599-2005-PA/TC. Sentencia: 22 de mayo 2006

Consulta: 15 de septiembre 2018

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09599-2005-AA%20Resolucion.pdf>

2005 STC Exp. N° 8108-2005-PA/TC. Sentencia: 14 de marzo 2007.

Consulta: 15 de septiembre 2018

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08108-2005-AA%20Resolucion.pdf>

2005 STC Exp. N° 05270-2005-PA/TC. Sentencia: 18 de octubre de 2006.

Consulta: 15 de septiembre 2018

- <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05270-2005-AA%20Resolucion.pdf>
- 2005 STC Exp. N° 0012-2005-AI/TC. Sentencia: 26 de septiembre 2005.
Consulta: 15 de septiembre 2018
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2005-AI.pdf>
- 2005 STC Exp. N° 3789-2005-HC/TC. Sentencia: 09 de noviembre de 2005.
Consulta: 15 de septiembre 2018
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03789-2005-HC.pdf>
- 2005 STC Exp. N° 5374-2005-AA/TC. Sentencia: 17 de octubre de 2005
Consulta: 15 de septiembre 2018
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/05374-2005-AA.pdf>
- 2006 STC Exp. N° 10340-2006-AA/TC. Sentencia: 26 de abril de 2007.
Consulta: 15 septiembre 2018.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/10340-2006-AA%20Subsanacion.pdf>
- 2006 STC Exp. N° 6846-2006-PHC/TC. Sentencia: 25 septiembre 2006.
Consulta: 15 septiembre 2018.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06846-2006-HC.pdf>
- 2006 STC Exp. N°6138-2006-PA/TC. Sentencia: 12 abril 2007.
Consulta: 15 de septiembre 2018.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06138-2006-AA.pdf>
- 2006 STC Exp. N° 05033-2006-PA/TC. Sentencia: 29 de agosto de 2006.
Consulta: 15 septiembre 2018.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/05033-2006-AA.html>
- 2006 STC Exp. N° 06759-2006-AA/TC. Sentencia: 23 de marzo de 2010.
Consulta: 15 de septiembre 2018
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06759-2006-AA%20Aclaracion.pdf>
- 2007 STC Exp. N° 911-2007-PA/TC. Sentencia: 25 de mayo 2007

- Consulta: 15 de septiembre 2018
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00911-2007-AA.pdf>
- 2007 STC Exp. N° 0736-2007-PA/TC. Sentencia: 13 de marzo 2007.
Consulta: 15 de septiembre 2018.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00736-2007-AA%20Resolucion.pdf>
- 2007 STC Exp. N° 04909-2007-PA/TC. Sentencia: 03 de octubre 2007
Consulta: 15 septiembre 2018.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04909-2007-HC.pdf>
- 2008 STC Exp. N° 05287-2008-PA/TC. Sentencia: 04 septiembre 2009
Consulta: 15 septiembre 2018.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05287-2008-AA.pdf>
- 2008 STC Exp. N° 04878-2008-AA/TC. Sentencia: 20 de marzo de 2009.
Consulta: 15 de septiembre 2018
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04878-2008-AA%20Resolucion.pdf>
- 2009 STC Exp. N° 01983-2009-PA/TC. Sentencia: 28 de mayo de 2010
Consulta: 15 de septiembre 2018
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01983-2009-AA%20Resolucion.html>
- 2011 STC Exp. N° 05496-2011-PA/TC. Sentencia: 22 de mayo 2013
Consulta: 15 septiembre 2018.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/05496-2011-AA.pdf>

TROM, Jean C.

- 2014 *Inteses Difusos*. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otros. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. México: UNAM.

UCÍN, María C.

- 2005 *Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual*.
En *Libro de Ponencias Generales y Trabajos seleccionados del XXIII*

Congreso Nacional de Derecho Procesal –Para afianzar la justicia – del 22, 23 y 24 de Septiembre de 2005. Buenos Aires: La Ley.

VERBIC, Francisco.

2007 *Procesos Colectivos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

VÉSCOVI, Enrique

2006 *Teoría general del proceso*. Bogotá: Themis.

VILLAMIL, Ernesto

2017 *Debido proceso colectivo; La representatividad adecuada en las acciones colectivas norteamericanas (class action)*. En *Revista de Derecho Privado*, Nro. 57 Bogotá: Facultad de Derecho Universidad de los Andes.

YEAZELI, Stephen C.

1977 *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*. Columbia: Law Review.

1979 *From group litigation to class action Part II: Interest, Class and Representation*. California: UCLA Review.

ZANETI, Hermes

2003 *Derechos colectivos latu sensu: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogéneos*. En *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa.

2006 *Derechos colectivos lato sensu: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogéneos*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. No. 9. Lima: Communitas.

ZAPATA, Sergio

2014 *Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado*. En *"I JORNADA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL – REGIÓN NORTE, 10 años del Código Procesal Constitucional"*. Chiclayo: USAT

CASOS INTERNACIONALES:

Stewart v. Abraham

2001 275 F.3D 220

Caso Baby Neal Vs. Casey

1994

Caso John Doe vs. Chiquita Brands International

2007

Caso Maximo Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos

1996 103 F.3d 767

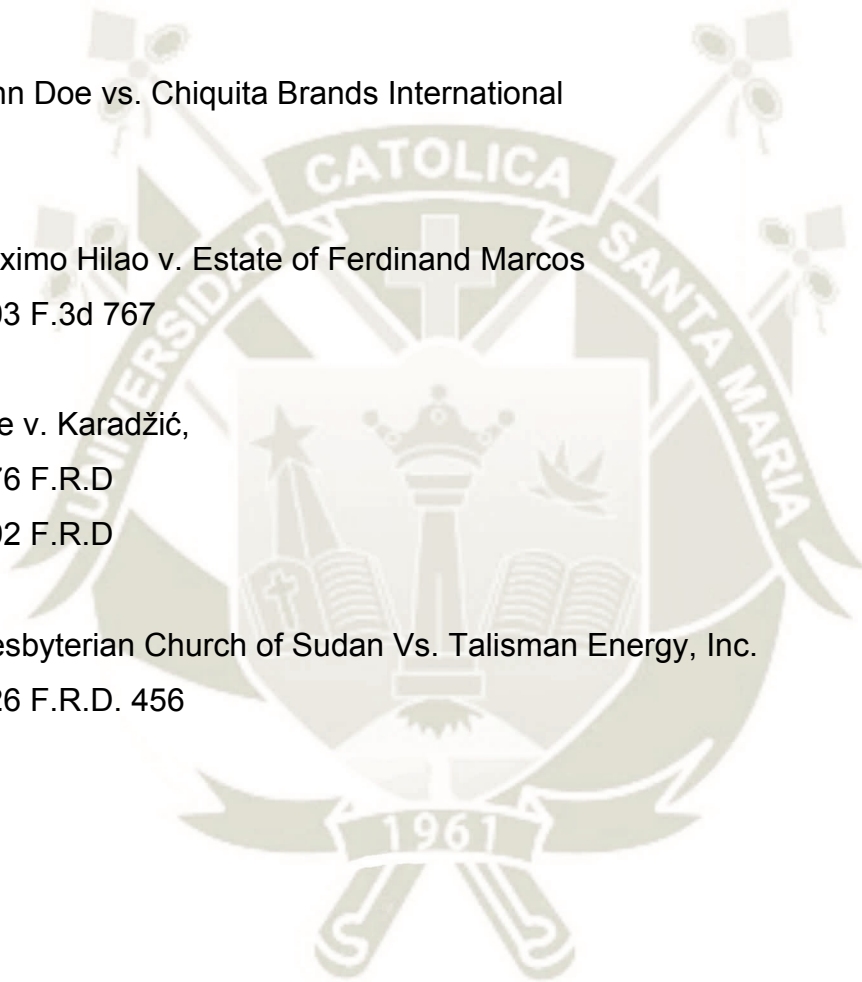
Caso Doe v. Karadžić,

1997 176 F.R.D

2000 192 F.R.D

Caso Presbyterian Church of Sudan Vs. Talisman Energy, Inc.

2005 226 F.R.D. 456



ANEXOS

Proyecto de investigación

La acción de Amparo es una de columnas sobre las que se levanta el derecho procesal constitucional peruano; introducida por primera vez en nuestro marco normativo en la Constitución Política de 1979, Art. 295; aunque sus orígenes se remontan hasta el Decreto Ley 17083 del 24 de octubre de 1968. Por el paso del tiempo y la evolución jurídica que ha sufrido dentro de nuestra constitución, la Acción de Amparo se ha convertido en el arma de defensa de los derechos fundamentales en nuestro país, por excelencia.

Sin embargo, luego de un análisis de las reformas, inclusiones e interpretaciones que se le ha dado a esta figura, que ha ampliado el alcance de la misma; podemos percatarnos que la figura actual de la Acción de Amparo en el Perú, no sea suficiente para lograr una efectiva protección de los derechos fundamentales vulnerados en un ámbito “colectivo”.

En este punto, debo recalcar, que al referirnos con “colectivo” no nos referimos a Derechos Colectivos ni Intereses Difusos, tales derechos están plenamente protegidos por la acción de amparo e incluidos gracias al Art. 69 de Cod. Procesal Constitucional. Nos referimos, en tanto, a una situación completamente diferente: “litisconsorcio activo constitucional”.

La ausencia de regulación legislativa específica sobre el tema mencionado anteriormente ha colaborado para que la disposición constitucional se vuelva oscura y debatible, creando una laguna legal difícil de sortear e imposible de ignorar. En febrero de 2009, la Corte de Justicia de la Nación de Argentina sacó a la luz el fallo por el caso “Halabi”, el cual se convertiría en un verdadero leading case y trazaría la ruta a seguir en materia de amparo colectivo y acciones de clase (o de grupo), una figura originariamente norteamericana que determino el camino a seguir para lograr su efectiva tutela judicial en esta situación.

En este trabajo analizaremos la figura de la Acción de Clase/Grupo sus características, beneficios, etc.; expondremos los puntos fundamentales de la sentencia del máximo tribunal del país vecino en el caso Halabi, estudiaremos la Acción de Amparo Peruana, ahondando en sus subtipos, examinaremos en el derecho procesal constitucional peruano y contemplaremos la posibilidad de incluir una nueva acción en nuestro sistema normativo: Amparo Colectivo.

1. Planteamiento teórico

1.1. Enunciado del Problema

“FACTIBILIDAD DE LA FIGURA DE ACCIÓN DE CLASE EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO, 2016”

1.2. Descripción del Problema

1.2.1. Área del Conocimiento

El problema a investigar se encuentra ubicado en:

Campo: Ciencias Jurídicas

Área: Derecho Procesal Constitucional

Línea: Constitucional

1.2.2. Análisis de las Variables

a) Variable Única

Factibilidad de la aplicación de la figura de la “Acción de Clase” dentro del Proceso Constitucional Peruano, como una subclase de la Acción de Amparo.

Indicadores

1.- Diferencia doctrinaria entre una pluralidad de interesados en protección de sus derechos individuales y de interesados en protección de derechos colectivos.

Sub-Indicadores: -Documentos Relacionados al Tema.

2.-Doctrina Internacional referente a la Acción de Clase y su aplicación practica conforme a su legislación.

Sub-Indicadores: -Artículos y Leyes Internacionales relacionadas a la Acción de Clase.

-Documentos Doctrinarios Relacionados al Tema

3.- Evolución Legislativa Nacional de la Acción de Amparo y una pluralidad de interesados.

Sub-Indicadores: -Artículos y Leyes relacionadas a la Acción de Amparo en el Perú.

4.-Jurisprudencia Nacional referente a Acción de Amparo y litisconsorcio de oficio o de parte.

Sub-Indicadores: -Resoluciones Jurisprudenciales relacionadas al tema, Sentencias del Tribunal Constitucional.

1.2.3. Interrogantes Básicas:

- ¿Qué es la Acción de Grupos o de Clase? ¿Es posible que la “Acción de Clase” , figura de origen norteamericana, pueda ser incluida dentro del sistema de Acciones de Garantías Constitucionales del Perú?
- Siendo nuestra Constitución tan individualista, esta protege los derechos individuales de la persona como individuo y la doctrina la desarrolla como tal, por consiguiente ¿Es nuestra doctrina nacional eficiente al diferenciar concretamente entre el Amparo a los Derechos Colectivos/Intereses Difusos del Amparo “Colectivo” que desarrollan la figura de Acción de Clase?
- ¿Son el Artículo 43°, 50° y 53° Del Código Procesal Constitucional normas ciertamente deficientes al momento de determinar un “Litisconsorcio Activo Constitucional”?
- Basándose en el Derecho Comparado ¿La figura de la Acción de Clase podría suplir la ausencia de la regulación legislativa específica en el caso anteriormente mencionado?
- ¿Podría ser considerada la Acción de Clase como un subtipo de la Acción de Amparo o podría ser una Garantía diferente a la mencionada?

1.2.4. Tipo y Nivel de Investigación:

Tipo: Teórico

Nivel: Descriptiva-Relacional

Ya que permite determinar la vinculación entre hechos o fenómenos.

1.2.5. Justificación del Problema

1.2.5.1 Relevancia Jurídica

Tras los varios años de vigencia de la Constitución Política de 1993, esta ha sido objeto de estudio y desarrollo. Es innegable los rasgos del constitucionalismo liberal que, en la mencionada carta magna, pueden notarse. Es sobre este pilar que se ha erguido el Derecho Procesal Constitucional Peruano, teniendo el mismo carácter predominante: INDIVIDUALISMO.

Los procesos constitucionales están enfocados mayoritariamente a la defensa de los derechos de primera generación. Aquellos donde el accionante es un único individuo cuya pretensión es el acceso a la protección constitucional en el “Sistema de Garantías”. La Acción de Amparo ocupa la cúspide en ese sistema de garantías constitucionales. Sin embargo, con el avance de los tiempos, esta postura parece ser insuficiente ante la posibilidad de un “litisconsorcio activo constitucional”; es decir, ante la posibilidad que hay una pluralidad de sujetos activos que demanden la protección de un mismo derecho fundamental individual (o varios derechos), diferentes de los derechos individuales o supraindividuales, que hayan sido vulnerados por un solo acto lesivo. En ese escenario estamos hablando de un Litigio Colectivo que a su vez da al paso a la Acción de Clases.

El presente trabajo analiza la posibilidad de incluir esta figura, de origen norteamericano, a nuestro Derecho Procesal Constitucional, así como los beneficios que esto acarrea.

1.2.5.2. Aporte Jurídico

El presente proyecto pretende no solo analizar la factibilidad de la Acción de Clase o Acción de Grupo, dentro del ámbito constitucional peruano; es importante realizar esta investigación pues complementa un vacío legal de nuestra normatividad constitucional, proponiendo un nuevo tipo acción de garantía que sea incluida dentro de la Ley 28237: “Código Procesal Constitucional”. Adicionalmente se pretende ampliar la doctrina nacional en el campo del derecho constitucional por medio del análisis comparado con otras legislaciones latinoamericanas que cuentan con esta acción dentro de sus sistema normativos y judiciales.

1.2.5.3 Innovación

La presente investigación es innovadora puesto que se pretende aplicar una figura procesal nunca antes usada en nuestro país en post de la protección de los derechos fundamentales, para complementar nuestro Derecho Procesal Constitucional Peruano.

2. Marco Conceptual – Conceptos Básicos

Para la realización de la presente investigación debemos tener presente, de forma clara y precisa, los siguientes conceptos primordiales a utilizarse:

2.1. Código procesal constitucional

Artículo 1.- Finalidad de los Procesos

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

Artículo 2.- Procedencia

Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.

PROCESO DE AMPARO

CAPÍTULO I

Derechos protegidos

Artículo 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

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.

Artículo 38.- Derechos no protegidos

No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

CAPÍTULO II

Procedimiento

Artículo 39.- Legitimación

El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo.

Artículo 40.- Representación procesal

El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada.

Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.

Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Artículo 43.- Acumulación subjetiva de oficio

Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar.

Artículo 50.- Acumulación de procesos y resolución inimpugnable

Cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte el interés de varias personas que han ejercido separadamente su derecho de acción, el Juez que hubiese prevenido, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la acumulación de los procesos de amparo.

La resolución que concede o deniega la acumulación es inimpugnable.

Artículo 54.- Intervención litisconsorcial

Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el Juez admite su incorporación ordenará se le notifique la demanda. Si el proceso estuviera en segundo grado, la solicitud será dirigida al Juez superior. El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable.

2.2 Litisconsorcio necesario en el proceso de amparo

Conforme al art. 43 del Código Procesal Constitucional, la integración del referido tercero que tiene la calidad de litisconsorcio necesario, no sería una facultad del juez como refiere la norma, sino sería un deber, toda vez que: 1) el juez constitucional ya ha tomado conocimiento en los actos postulatorios la necesidad de la participación de ese tercero, 2) el código procesal constitucional recoge el principio de dirección del proceso, y 3) porque el juez constitucional debe buscar cumplir la tutela de los derechos fundamentales, como finalidad principal de los procesos constitucionales de la libertad.

Por otro lado, consideramos que la referida norma está destinada a observar la parte demandada, y no así a la parte demandante; pues consideramos que: 1) a nadie se le puede obligar a demandar, 2) porque la razón de incorporar a un tercero es por no vulnerar su derecho de defensa.

Siendo, así las cosas, consideramos que el artículo 43 del Código Procesal Constitucional es una disposición que regula un deber para el juez, de incorporar al proceso a un tercero, en la parte demandada, cuando observe claramente de los actos postulatorios un supuesto litisconsorcio necesario.⁵

2.3 Litisconsorcio facultativo en los procesos constitucionales

En cuanto a litisconsorcio facultativo, a diferencia del Litisconsorcio necesario, no viene impuesto por la ley. Su creación es por voluntad de las partes, no es un litisconsorcio propiamente dicho porque no hay comunidad de suertes, sino lo que existe es una pluralidad de partes que aprovechan el procedimiento para discutir independientemente sus pretensiones. No se trata de un proceso único con pluralidad de partes, sino un fenómeno de acumulación de procesos. Si toda pretensión da origen a un proceso, la acumulación atiende a una conexión entre pretensiones y a la economía procesal, de modo que dos o

⁵ QUISPE ANDRADE, Yuliano Ob. Cit., pp 459 Código Procesal Constitucional Comentado 2016, Gaceta Constitucional del Perú.

más pretensiones (originadores de dos o más procesos) son examinadas en un mismo procedimiento judicial y decididas en una única sentencia en sentido formal, aunque contendrá tantos pronunciamientos como pretensiones.⁶

2.4 Protección de derechos difusos y derechos colectivos

Sobre los *derechos difusos* y *derechos colectivos* (derechos supraindividuales) Ferrer Mac-Gregor señala (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y D.F: colectivos*. México Porrúa, 2003, p.12):

“(ambos tipos de derechos) comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos.

Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables.

Parte de la doctrina y la legislación brasileña (...) los identifican según sus titulares se encuentran ligados por circunstancias de hechos (intereses difusos) o bien si pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria debido a una relación jurídica base (intereses colectivos)”.

El mismo autor menciona como un ejemplo de tutela de *derechos difusos* el caso de la contaminación ambiental del aire o del agua derivados de desechos arrojados por una fábrica, y como un ejemplo de *derechos colectivos* los problemas de la falta de higiene o de seguridad en una determinada fábrica o escuela.

La posibilidad de acudir a los procesos constitucionales para la protección de los derechos difusos y colectivos ha quedado establecida en el artículo 40° del Código Procesal Constitucional, referido a la legitimación activa en los procesos de amparo (El tercer párrafo del artículo 40° del Código señala: *“Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”*), y en el

⁶ LEDESMA NARVAÉZ, Marianella. Ob. Cit., pp. 8-9 Código Procesal Constitucional Comentado. Ediciones Grijley

artículo 67°, referido a la legitimación activa en los procesos de cumplimiento. (El segundo párrafo del artículo 67° del Código señala: “*Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona*”).

En estos supuestos, la presentación de la demanda puede ser llevada a cabo por una persona o un grupo de personas, afectadas en sus derechos difusos o como integrantes del grupo que se ve afectado en sus derechos colectivos. La sentencia respectiva surtirá efectos respecto de “*todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en una posición idéntica al que ejercitó la acción correspondiente*”. (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 16). Los efectos de la decisión, por lo tanto, van más allá de la persona o grupo que presentó la demanda).⁷

2.4.1. ¿Qué son los derechos colectivos?

A diferencia de los derechos individuales que tienen como sujeto a una persona o individuo, los derechos colectivos corresponden a un grupo social.

Lo que se busca proteger con la Consulta Previa, de acuerdo al **Convenio 169** y la legislación peruana, son los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En este sentido, el sujeto a la consulta previa es un conjunto de individuos caracterizado por pertenecer a un pueblo indígena u originario.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución Política del Perú, el Convenio 169, entre otros tratados internacionales incluyen: 1) el derecho a la identidad cultural; 2) el derecho a la participación de los pueblos indígenas; 3) el derecho a la consulta; 4) el derecho a elegir sus prioridades de desarrollo; 5) el derecho a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente; 6) el derecho a la jurisdicción especial; 7) el derecho a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente de la legislación vigente; 8) el derecho a la salud con enfoque intercultural; y 9) el derecho a la educación intercultural, entre otros (artículo 3 de la Ley 29785).⁸

2.4.2. El interés difuso

El primer párrafo del artículo IV del Código Procesal Civil (CPC), señala que el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar; empero, no requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos. El primer párrafo del Artículo 82 del CPC –modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 27752, publicada el 08 de junio de 2002–, establece que interés difuso es aquel

⁷ EXP. N.º 05287-2008-PA/TC LIMA MARIO LOVÓN RUIZ-CARO

⁸ <http://bdpi.cultura.gob.pe/que-son-los-derechos-colectivos>

cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.⁹

2.5. El caso del proceso de amparo

El proceso de amparo se configura como un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas (ciertas e inminentes) de su transgresión. De esta forma, convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo de hecho, abriendo la puerta para una protección formal y material de los mismos, permitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales.

En tanto proceso constitucional, comparte su doble naturaleza. Es decir, “la función de la Constitución en la dirección de los derechos fundamentales individuales (subjetivos) sólo es *una* faceta del recurso de amparo. Este tiene una *doble función*, junto a la subjetiva, otra objetiva: `asegurar el derecho Constitucional objetivo y servir a su interpretación y perfeccionamiento.

En tanto proceso fundamentalmente *subjetivo*, es promovido por la violación de derechos fundamentales, alegación compleja que no puede ir dirigida únicamente a lograr que el Tribunal determine el contenido de un derecho tutelable por el amparo, sino que se vuelve indispensable la conexión de éste con un acto concreto -de autoridad o particulares- que haya producido una afectación sobre el mismo.

Su dimensión objetiva, determina que para resolver se hace necesaria la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente a través de los principios constitucionales en los que se regula el derecho o categoría jurídica protegible que se alega vulnerada, la cual se convierte en criterio cierto para orientar la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de los demás órganos estatales y, particularmente, de los órganos judiciales.¹⁰

2.6. El Sistema de *acciones de clase* (*Class Actions*) estadounidense

La ley procesal estadounidense reconoce legitimación a reclamantes individuales (*class representatives*) para que ejerciten acciones en defensa no sólo de sus propios derechos e intereses patrimoniales, sino, además y de forma simultánea, en defensa de los análogos derechos e intereses patrimoniales de un número indeterminado de consumidores o

⁹ <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2013/08/22/el-interes-difuso/>

¹⁰ EXPEDIENTE NRO. 0023-2005-PI/TC. LIMA

usuarios no identificados (*class members*). Definida desde los parámetros conceptuales de la ley procesal española, la *acción de clase* estadounidense constituye un supuesto de desplazamiento de legitimación: la legitimación para defender todos y cada uno de los derechos o intereses individuales de los que cada uno de los miembros del grupo es titular, se desplaza en favor de uno o varios representantes del grupo de afectados, por el mero hecho de que estos últimos inicien una reclamación judicial con vocación de representatividad. Siempre, eso sí, que la acción judicial entablada por el representante del grupo cumpla con una serie de requisitos: *Numerosity, Commonality, Typicality, Adequacy of representation*.

En la *acción de clase* el interés o derecho particular de cada uno de los afectados que es objeto de reclamación no se identifica en la fase declarativa. La *acción de clase* no es la suma en un solo procedimiento de las reclamaciones individuales, perfectamente identificadas, de todos y cada uno de los miembros del grupo de afectados. Así, no cabría calificar propiamente como *acción de clase*, por ejemplo, aquella acción en la que un grupo de personas perfectamente individualizadas en el procedimiento y que fueron víctimas de un accidente ferroviario reclaman, bajo una única representación procesal, su respectiva indemnización por los daños y perjuicios causados por el accidente.

A su vez, sin embargo, la *acción de clase* debe permitir que la sentencia que se dicte no sólo reconozca el derecho o proteja el interés del representante del grupo, sino, además, el de todos y cada uno de los miembros del grupo, aunque estos no estén individualizados en el procedimiento declarativo. Es decir, en las *acciones de clase* la sentencia que se dicte causa efecto de cosa juzgada respecto de todos y cada uno de los derechos o intereses individuales de cada uno de los miembros del grupo.¹¹

2.7. Derecho comparado

TÍTULO III

DEL PROCESO EN LAS ACCIONES DE GRUPO

CAPÍTULO I

Procedencia

Artículo 46º.- Procedencia de las Acciones de Grupo. *Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.* Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.

¹¹ "Acciones de Clase en el Enjuiciamiento Civil Colombiano", FERREZ Comella, Alejandro 2005 p. 5

El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas. ¹²

3. Antecedentes investigativos:

Luego de haber realizado una búsqueda en la Biblioteca de la UCSM y UNSA no se encontraron investigaciones relacionadas al tema:

4. Objetivos

- **Objetivo general**
 - Determinar y analizar la factibilidad de inclusión de la figura de la acción de clase dentro del derecho procesal constitucional peruano, como un subtipo de la Acción de Amparo.
- **Objetivos específicos**
 - Determinar las diferencias entre el amparo peruano de derechos colectivos/intereses difusos y el “amparo colectivo-acción de clase.
 - Analizar, determinar y especificar las deficiencias de la norma legislativa en cuanto al litisconsorcio en el derecho procesal constitucional y la viabilidad de un litisconsorcio activo constitucional que complemente tal cuerpo normativo.
 - Desarrollar los pormenores de la acción de clase en el derecho comparado, incluyendo jurisprudencia y doctrina, para fundamentar su aporte a nuestro sistema legislativo procesal constitucional.
 - Presentar cambios y sugerencias en cuanto a proceso constitucional peruano, una modificatorio/inclusión de esta nueva acción de garantía, o un subtipo de la Acción de Amparo, dentro de la normatividad vigente: Código Procesal Constitucional.

5. Hipótesis

*“**Dado que**, nuestro derecho procesal constitucional está en constante evolución, conforme una serie de modificatorias e interpretaciones del TC, además de basarse en los principios de Celeridad y Economía Procesal; **es probable** que se pueda incluir la Acción de Clase dentro del derecho constitucional peruano para una defensa más eficaz de los derechos fundamentales.*

¹² LEY 472 Ley de Acciones Populares y de Grupo (Col.) 1998

Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-116 de 2008, en el entendido de que la legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre establezca en la demanda los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado.

Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-215 de 1999.

PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

Problema de investigación

“Factibilidad De La Figura De Acción De Clase En El Derecho Procesal Constitucional Peruano, 2016”

Técnicas e instrumentos

A) Variable Única

Factibilidad de la aplicación de la figura de la “acción de clase” dentro del proceso constitucional peruano, como una subclase de la acción de amparo.

Variable	Indicadores	Sub-Indicadores	Técnicas	Instrumentos
Factibilidad de la aplicación de la figura de la “Acción de Clase” dentro del Proceso Constitucional Peruano, como una subclase de la Acción de Amparo.	-Diferencia doctrinaria entre una pluralidad de interesados en protección de sus derechos individuales y de interesados en protección de derechos colectivos.	-Documentos Relacionados al Tema.	-Observación Documental	-Ficha Documental
	-Doctrina Internacional referente a la Acción de Clase y su aplicación práctica conforme a su legislación.	-Artículos y Leyes Internacionales relacionadas a la Acción de Clase.	-Observación Documental	-Ficha Documental
	-Evolución Legislativa Nacional de la Acción de Amparo y una pluralidad de interesados.	-Documentos Doctrinarios Relacionados al Tema	-Encuesta Entrevista	-Entrevista -Formato de Encuesta
	-Jurisprudencia Nacional referente a Acción de Amparo y litisconsorcio de oficio o de parte.	-Artículos y Leyes relacionadas a la Acción de Amparo en el Perú. -Encuestas a Especialistas -Resoluciones Jurisprudenciales relacionadas al tema, Sentencias del Tribunal Constitucional.	-Observación Documental	-Ficha Documental

2. Campo de verificación

a) Ubicación espacial.

La presente investigación se realizará dentro del país Perú, específicamente con la doctrina y legislación especializada en materia constitucional: Acción de Amparo, adicionalmente se incluirá Derecho Comparado Latinoamericano que hayan incluido tal figura en su legislación (Colombia-Argentina), así como la doctrina del tema cuyo origen es en el sistema norteamericano.

b) Ubicación temporal.

La presente investigación abarcará el año 2016

c) Universo, unidades de estudio y muestra

Para la investigación documental, las unidades de estudio se encuentran constituidas por documentos legales en materia constitucional nacional: Doctrina, Jurisprudencia, etc. Así como Derecho Comparado de los países Colombia, Argentina y EEUU respecto a Acción de Clase// Class Action.

Para la investigación de Campo, consideramos como unidades de estudio, la encuesta abogados especialistas en la disciplina del derecho Constitucional penalistas inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa (05), Magistrados del Tribunal Constitucional del Perú (05) plasmándose a través de estadísticas.

3. Estrategia de recolección de datos

La información requerida para la presente investigación será recogida de forma personal, procediéndose a realizar el análisis respectivo de las encuestas realizadas a Magistrados del Tribunal Constitucional. Siendo también necesario, para conseguir la información documental, recurrir a bibliotecas especializadas en la Universidad San Agustín, Universidad Católica Santa María de Arequipa, Universidad Alas Peruanas, Universidad San Pablo, así como de portales de internet y bibliotecas virtuales

4. Cronograma de Trabajo.

	Agosto 2016	Septiembre 2016	Octubre 2016	Octubre 2016	Noviembre 2016	Marzo 2017
Elaboración del Proyecto	x					
Dictamen		x				
Recolección de Datos			x			
Ordenamiento de Datos				x		
Análisis de la Información				x		
Resultados					x	
Sustentación y Dictamen						x

5. Bibliografía básica

- Procesal Constitucional Comentado 2016, Gaceta Constitucional Del Perú. QUISPE ANDRADE, Yuliano Ob. Cit., PP. 459 Código
- Procesal Constitucional Comentado 2016, Gaceta Constitucional Del Perú. LEDESMA NARVAÉZ, Marianella. Ob. Cit., Pp. 8-9 Ediciones Grijley
- Derecho Procesal Constitucional, Proceso De Habeas Corpus Y Amparo, Eloy Zamalloa Campero,
- Guía Exegética Y Practica De Derecho Procesal Constitucional, Alfaro Pinillos, Rober
- Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales, Castillo Córdova, Luis
- EXP. N.º 05287-2008-PA/TC LIMA MARIO LOVÓN RUIZ-CARO
- EXP. N.º 0023-2005-PI/TC. LIMA
- Acciones De Clase En El Enjuiciamiento Civil Colombiano, FERREZ Comella, Alejandro 2005 P. 5
- Ley472 Ley De Acciones Populares Y De Grupo (Col.) 1998

6. Páginas de internet

- <http://bdpi.cultura.gob.pe/que-son-los-derechos-colectivos>
- <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2013/08/22/el-interes-difuso/>